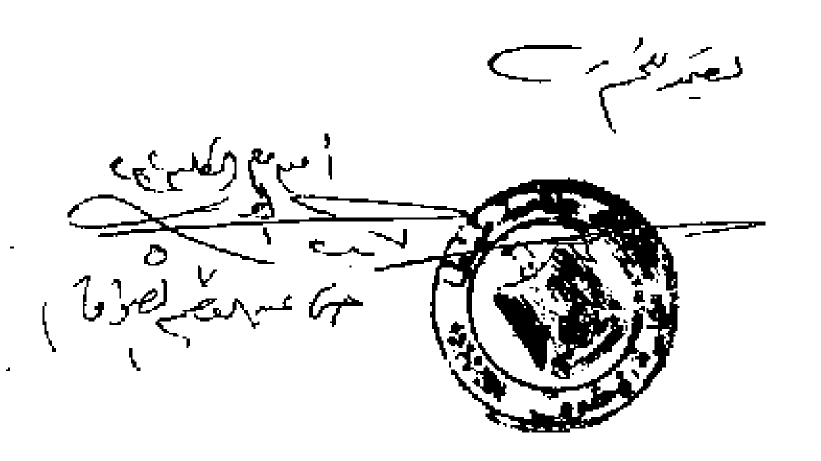


جامعة طنطا

كلية الحقوق

سُلطات المالِك عَلى الشيوُع

بحث لنيل درجة الماجستير في الحقوق

مقدم من

سلطان محمد عبد الرحمن الطريجي

لجنة المناقشة والحكم

أ.د/ محمد السعيد رشدي رئيسـاً

وكيل كلية الحقوق – جامعة بنها

أ.د/ نبيلة إسماعيل رسلان مشرفاً وعضواً

أستاذ ورئيس قسم القانون المدني – كلية الحقوق – جامعة طنطا

أ.د/ رضا عبد الحليم عبد المجيد عضـواً

أستاذ ورئيس قسم القانون المدني – كلية الحقوق – جامعة بنها

٢٠٠٧

بسم الله الرحمن الرحيم

﴿ أَوَلَمْ يَرَوْا أَنَّا خَلَقْنَا لَهُم مِّمَّا عَمِلَتْ أَيْدِينَا أَنْعَاماً فَهُمْ لَهَا مَالِكُونَ ﴾

صدق الله العظيم

سورة يس، آية ٧١

قال رسول الله صله الله عليه وسلم

" المسلمون شركاء في ثلاث في الماء والكلأ والنار "

صدق رسول الله صلى الله عليه وسلم

شكـــر وتقديـــر

قال رسول الله صلى الله عليه وسلم :

﴿ لا يشكر الله من لا يشكر الناس ﴾

صدق رسول الله صلى الله عليه وسلم

وإننـــي أتقـــدم بخالص الشكر القلبي للأستاذة الدكتورة/ نبيلة إسماعيل رسلان رئيس قسم القانون المدني بكلية الحقوق جامعة طنطا المشرفة على بحثي التـــي وقفت بجانبي وراجعت خطة بحثي على هدى من العلم والمعرفة، وأنني أكـــن لسيادتها كل الشكر والتقدير لما بذلته معي من جهد ورعاية جعلتني أحس بمدى ما تتحلى به أستاذتنا الجليلة من إخلاص ومحبة لطلابها، كما أنها لم تبخل علي بأي توجيه أو إرشاد في سبيل الوصول ببحثي إلى بر الأمان وعرضه على اللجـــنة الموقـــرة بهـــذا الـــشكل الذي لم أصل أليه إلا بفضل الله العزيز القدير وبمساعدة سيادتها.

أدام الله على سيادتها غزارة العلم وصدق الضمير ورجاحة العقل لتكون ينبوعاً متدفقاً لا ينضب له معين لكل طالب علم ولكل ظمآن إلى سلسبيل علمها المتدفق.

وإنني أتقدم بوافر الشكر والتقدير للأستاذ الدكتور/ محمد السعيد رشدي وكـــيل كلية الحقوق جامعة بنها لقبول سيادته رئاسة لجنة المناقشة والحكم على الرسالة.

كمـــا أننـــي أوجـــه الـــشكر والتقدير للأستاذ الدكتور رضا عبد الحليم عبد المجيد أستاذ القانون المدني بجامعة بنها لقبول سيادته لجنه المناقشة والحكم على الرسالة.

وما توفيقي إلا بالله،،،

سبب تناولنا الموضوع:

يرجع اختياري لموضوع بحثي هذا الذي يدور حول سلطات المالك على الشيوع في التقنين المدني المصري والكويتي للأسباب الآتية:

أولا: تتعرض الملكية الشائعة لكثير من الصعوبات في التطبيق العملي ومشاكل عديدة تتكدس بها أروقة المحاكم وقد تكون سبباً من أسباب الاقتتال والتخاصم بين أولي القربى والأهل حيث أن الملكية الشائعة منتشرة في التركات والمواريث.

ثانيا: تعرضنا في بحثنا لكثير من أحكام محكمة النقض المصرية وأحكام محكمة التمييز الكويتية حيث أن الملكية الشائعة يعتريها في كثير من الأحيان أمور يصعب تفسيرها فكانت أحكام النقض المصرية وأحكام التمييز الكويتية هي التي تتصدى لذلك وتضع المبادئ والقواعد القانونية الذي يسير على هديها القضاء في مختلف درجاته للوصول بالنزاع إلى بر الأمان.

ثالثا: هناك العديد من الأحكام والنصوص القانونية في التقنين المدني المصري والتقنين المدني الكويتي تحتاج إلى مراجعة وتنظيم أكثر دقة وقد أشرت إلى ذلك من خلال بحثي.

لكل ما سبق اخترت موضوع بحثي "سلطات المالك على الشيوع في التقنين المدني المصري والكويتي".

خطة البحث

مبحث تمهيدي: تعريف الملكية الشائعة وتكييفها والتطور الذي لحق بتنظيم الملكية الشائعة وينقسم هذا المبحث إلى مطلبين:

المطلب الأول: تعريف الملكية الشائعة وتكييفها وينقسم هو إلى فرعين:

الفرع الأول: التعريف بالملكية الشائعة ودليل شرعيتها.

الفرع الثاني: تكييف الملكية الشائعة.

المطلب الثاني: تطور تنظيم الملكية الشائعة وينقسم هو بدوره إلى فرعين:

الفرع الأول: في القانون المدني المصري.

الفرع الثاني: في القانون المدني الكويتي.

الفصل الأول: سلطات المالك على الشيوع في استعمال المال الشائع.

وينقسم هذا الفصل إلى مباحث أربعة:

المبحث الأول: حفظ المال الشائع.

المبحث الثاني: التنظيم التشريعي لاستعمال المال الشائع.

المبحث الثالث: التنظيم الاتفاقي لاستعمال المال الشائع.

المبحث الرابع: التنظيم القضائي لاستعمال المال الشائع.

الفصل الثاني: سلطات المالك على الشيوع في استغلال المال الشائع.

وينقسم هذا الفصل إلى مبحثين:

المبحث الأول: سلطة أغلبية الشركاء في إدارة المال الشائع.

وينقسم هذا المبحث إلى مطلبين:

المطلب الأول: سلطة الأغلبية في القيام بأعمال الإدارة المعتادة.

المطلب الثاني: سلطة الأغلبية في القيام بأعمال الإدارة غير المعتادة.

مبحث تمهيدي

تعريف الملكية الشائعة وتكييفها والتطور الذي لحق تنظيم الملكية الشائعة ويتقسم هذا المبحث التمهيدي إلى مطلبين:

المطلب الأول: تعريف الملكية الشائعة وتكييفها وهو ينقسم إلى فرعين:

الفرع الأول: التعريف بالملكية الشائعة ودليل شرعيتها.

الفرع الثاني: تكييف الملكية الشائعة.

المطلب الثاني: تطور تنظيم الملكية الشائعة وهو ينقسم إلى فرعين:

الفرع الأول: في القانون المدني المصري.

الفرع الثاني: في القانون المدني الكويتي.

المطلب الأول
تعريف الملكية الشائعة وتكييفها

الفرع الأول: التعريف بالملكية الشائعة ودليل شرعيتها:

تعتبر الملكية الشائعة أهم صور الشيوع وأكثرها انتشاراً في الحياة العملية - وحتى نستطيع أن نعرف الملكية الشائعة في فقه القانون المدني الوضعي (المصري - والكويتي) لابد أن أحلق في عجالة على تعريف الشيوع في اللغة ثم على معناه في هذا الفقه[1] وذلك على النحو التالي:

تعريف الشيوع في اللغة:

شاع الشيء يشيع شيوعاً، ويقال شيعت به وأشعته، والشيعة هم الأتباع والأنصار، وكل قوم اجتمعوا على أمر فهم شيعة، والجمع "شيع". والأشياع جمع الجمع "وشاع اللبن في الماء" إذا تفرق وامتزج به، ومنه قيل: سهم شائع ممتزج بغيره من الأسهم لا يمكن تمييزه[2]. وقيل سهم مشتاع "وشائع" أي غير مقسوم[3].

---

(١) د. أيمن سعد عبد المجيد سليم، سلطات المالك على الشيوع في استعمال المال الشائع واستغلاله، دراسة مقارنة، طبعة ٢٠٠٢، ص ٧٦.

(٢) د. أيمن سعد، المرجع السابق، ص ٧ هامش (١) أحمد بن علي المقري (المتوفي سنة ٧٧٠هـ) المصباح المنير في غريب الشرح الكبير للرافعي، مادة "شيع"، ط دار القلم، بيروت - لبنان، ص ٤٤٩-٤٥٠.

(٣) د. أيمن سعد، المرجع السابق، ص٧، ٨ هامش (١) محمد بن أبي بكر عبد القادر الرازي، مختار الصحاح، مادة "شيع"، ط دار التنوير العربي، بيروت - لبنان، ص ٣٥٣.

الملكية الشائعة أهم صور الشيوع:

يعرف الشيوع بأنه:

حالـــة قانونية تنتج عن اجتماع عدة حقوق عينية من طبيعة واحدة لعدة أشـــخاص علـــى شـــيء واحد دون أن يكون هناك تقسيم مادي لهذا الشيء إلى أجـــزاء مفـــرزة[1]. والشيوع كما يوجد في حق الملكية يوجد أيضاً في كل حق عينـــي أصلي كحق انتفاع أو تبعي كحق الرهن طالما كانت طبيعته القانونية لا تأبى طبيعة الشيوع والشيوع لا يرد على الحقوق الشخصية وذلك لأنه إذا تعدد أصحاب الحق الشخصي فإن الحق ينقسم بينهم وذلك ما لم يكن قابلاً للانقسام إذ فـــي هذه الحالة تنطبق أحكام عدم قابلية الحق الشخصي للانقسام وليست أحكام الشيوع فإذا توفي دائن عن عدة ورثة انقسم الدين بينهم فيصبح الواحد منهم دائناً للمدين على استقلال بجزء من الدين بنسبة حصته في التركة[2].

والملكـــية الشائعة تعتبر أهم صور الشيوع وأكثرها انتشاراً وذيوعاً في الحياة العملية – وتعرف بأنها: حالة قانونية تنتج عن اشتراك عدة أشخاص في ملكية شيء واحد دون أن يكون هناك تقسيم مادي لهذا الشيء إلى أجزاء مفرزة ويعبر عن حق كل منهم بجزء نظري أو حصة معنوية يقال لها حصته الشائعة أو سهمه الشائع، لأنه ينطلق ليشمل كل ذرة من ذرات المال الشائع ويرمز لكل حصة برقم معين كالنصف أو الثلث ... الخ[3].

---

(١) د. أيمن سعد، المرجع السابق، ص ٨.

(٢) د. أيمـــن ســـعد، المـــرجع السابق، ص ٨، ٩، هامش (١)، د. عبد المنعم فرج الصده، الحقوق العينية الأصلية، دراسة القانون اللبناني والمصري، سنة ١٩٧٤، بند ١٤٦، ص ٢٣٢.

(٣) د. أيمن سعد، المرجع السابق، ص ٦.

في التقنين المدني المصري:

تنص المادة ٨٢٥ مدني على ما يأتي:

"إذا ملك اثنان أو أكثر شيئاً غير مفرزة حصة كل منهم فيه، فهم شركاء على الشيوع وتحسب الحصص متساوية إذا لم يقم دليل على غير ذلك".

يتبين من هذا النص أن الملكية الشائعة تقع على مال معين بالذات يملكه أكثر من شخص واحد[1]. وتتناول هذه الملكية المال الشائع كله غير منقسم، أما حق كل شريك فيقع على حصة شائعة في هذا المال ومن ثم يكون محل حق الشريك هو هذه الحصة الشائعة، فحق الملكية على المال الشائع، هو الذي ينقسم حصصاً دون أن ينقسم المال ذاته..[2].

وقد قضت محكمة النقض المصرية تطبيقاً لذلك: "أنه متى كانت حصص كل من الشركاء في المحل التجاري لم تفرز فهم شركاء على الشيوع وتحسب الحصص متساوية إذا لم تر المحكمة دليلاً مقنعاً على غير ذلك عملاً بحكم

---

(١) د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج٨، حق الملكية مع شرح مفصل للأشياء والأموال – قام بتنقيحها وإضافة ما جد من تشريع وقضاء وفقه – المستشار مصطفى محمد الفقي ، الناشر دار النهضة العربية، ٣٢ ش عبد الخالق ثروت، القاهرة، ١٩٩١، ص ١٠٤٨، هامش (٩) وكما يكون الشيوع في حق الملكية يجوز كذلك أن يكون في الحقوق العينية الأخرى كحق الانتفاع وحق الارتفاق، أما حقوق الشخصية فالأصل فيها أن ينقسم إذا تعدد الدائنون ومع ذلك على إلا ينقسم الحق الشخصي في التضامن ما بين الدائنين وفي عدم قابلية الحق للانقسام.

(٢) د. السنهوري، المرجع السابق، ص ١٠٤٨.

المـــادة ٨٢٥ مـــن القانون المدني الجديد[1]، والتي قننت على ما أفصحت عنه المذكـــرة الإيـــضاحية للقانون المذكور ما كان معمولا به أثناء سريان القانون المدني القديم.

في التقنين المدني الكويتي:

تنص المادة ٨١٨ مدني كويتي على أنه:

"إذا تعدد أصحاب الحق العيني على شيء غير مفرزة حصة كل منهم فهم شركاء على الشيوع وتكون حصصهم متساوية ما لم يثبت غير ذلك".

بينت الفقرة الأولى من النص السابق معنى الشيوع فذكرت تعريفاً لا يقتصر على الملكية الشائعة وإنما يصدق على كل صور الشيوع وذلك على خلاف القانون المصري والقوانين العربية الأخرى التي نقلت عنه أو تأثرت به والتي تقتصر على تحديد معنى الشيوع في الملكية. فلما كان المسلم أن حالة الشيوع كما تتحقق في الملكية تتحقق في الحقوق العينية الأخرى كالشيوع في حق الانتفاع أو في حق الارتفاق أو حتى في الرهن. رؤى البدء بالنص على معنى الشيوع بوجه عام وهو يقتصر على الحقوق العينية. أما تعدد أصحاب الحق الشخصي وهو ما عبرت عنه المجلة بشركة الدين فلا يعتبر شيوعاً وتخضع لأحكام أخرى غير أحكام الشيوع كما تضمنت الفقرة الأولى قرينة بسيطة على مقدار حصة كل شريك فنصت على أن تكون حصص الشركاء متساوية ما لم يثبت عكس ذلك[2].

---

(١) نقض مدني جلسة ٨/١/١٩٧٠، الطعن رقم ٥٧٦، لسنة ٣٤ق، ص ٢٥، مجموعة أحكام النقض المصرية، المكتب الفني، سنة ٢١.

(٢) المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الكويتي، الطبعة الرابعة، سنة ٢٠٠٤، ص٥٩٤-٥٩٥.

وباستقراء النصين ٨٢٥ مدني مصري، ١/٨١٨ مدني كويتي وجدنا أنهما متطابقان إلا أنهما مختلفان من حيث أن المشرع المصري اقتصر على الملكية الشائعة. أما المشرع الكويتي فلم يقتصر على ذلك بل امتد تعريفه لكل صور الشيوع الموجودة في الحقوق العينية الأخرى بالإضافة إلى الملكية.

دليل شرعية الملكية الشائعة:

أولا: في القرآن الكريم: قال تعالى: "يوصيكم الله في أولادكم للذكر مثل حظ الأنثيين"(١).

وتفسير هذه الآية يبين أن الله سبحانه وتعالى "يأمركم بالعدل فيهم فإن أهل الجاهلية كانوا يجعلون جميع الميراث للذكور دون الإناث فأمر الله تعالى بالتسوية بينهم في أصل الميراث وفاوت بين الصنفين، فجعل للذكر مثل حظ الأنثيين"(٢).

حيث أن هذه الآية تحدد نصيب الذكر والأنثى من الميراث – وهذا النصيب قبل توزيعه يعد مالاً شائعاً بين الورثة – ولكنه عند توزيعه يصبح مفرزاً.

ثانيا: في السنة: "عن أبي الزبير عن جابر قال قضى رسول الله صلى عليه وسلم "بالشفعة في كل شركة لم تقسم ربعة أو حائط لا يحل له أن يبيع حتى يؤذن شريكه فإن شاء أخذ وإن شاء ترك فإذا باع ولم يؤذنه فهو أحق به".

---

(١) الآية ١١، من سورة النساء.

(٢) المصباح المنير في تهذيب تفسير ابن كثير للإمام إسماعيل بن عمر بن كثير رحمه الله، إعداد جماعة من العلماء بإشراف الشيخ صفي الرحمن المباركفوري، دار السلام للنشر والتوزيع، الرياض، محرم ١٤٢١هـ، إبريل ٢٠٠٠م، ص ٢٧٦.

والـــربعة والربع بفتح الراء وإسكان الباء والربع الدار والمسكن ومطلق الأرض وأصله المنزل الذي كانوا يتربعون فيه والربعة تأنيث الربع وقيل واحده – وأجمــع المـــسلمون علـــى ثبوت الشفعة في العقار ما لم يقسم – قال العلماء الحكمة في ثبوت الشفعة إزالة الضرر عن الشريك[1].

وهـــذا الحديث يدلنا على الملكية الشائعة حيث أن كل ملكية لم تقسم بين الـــشركاء تكـــون ملكـــية شـــائعة ومن هنا نستنتج مشروعية الشيوع في السنة الشريفة.

الفرع الثاني: تكييف الملكية الشائعة:

اخـــتلف الفقه في تكييف الملكية الشائعة وتشعبت الآراء في هذا الصدد إلى مذاهب ثلاثة:

أولهـــا، المـــذهب التقلـــيدي، ويرى أنصاره في الملكية الشائعة وضعاً خاصاً من أوضاع الملكية الفردية فيعرفها "أوبري ورو" بأنها "ملكية مقررة لعدة أشخاص على نفس الشيء بحيث لا يتملك كل منهم إلا حصة رمزية فيه".

ويـــرى بعض أنصار هذا المذهب أن هذه الحصة الرمزية لا تنسب إلى الـــشيء بـــل إلـــى الحق المقرر عليه أي أن كل مشتاع يملك حصته في الحق المشترك وبعبارة أخرى أن الشيء يبقى شائعاً بينما تنقسم الملكية، وهذا المذهب يقوم على الاعتراف لكل شريك بحق شامل على الشيء في مجموعه، ثم انقسام

(1) شرح صحيح مسلم للإمام النووي، راجعه فضيلة الشيخ خليل الميس، دار القلم، بيروت، لبنان، الجزء الحادي عشر، ص 49.

هـذا الحـق فيما بينهم حصصاً معينة بصرف النظر عن اعتبار هذه الحصص المتعددة أجزاء مادية للشيء أم أجزاء معنوية للحق.

أما أنصار المذهب الثاني فيرون أن الشيوع نوعاً من الملكية المشتركة علـى غرار ملكية الشركات والجمعيات لأنه ينعقد بين عدة شركاء، ولكن هذه الملكية مخصصة لأغراض فردية، وهذا ما يميزها عن ملكية الشخص المعنوي، ويفـرع أنـصار هذا المذهب على تكييفهم هذا أنه قبل القسمة تقع التجزئة بين الشركاء على القيمة الاقتصادية للملكية لا على حق الملكية، بمعنى أن كل شريك يحوز بصفة شخصية حقاً حالاً يعتبر جزءاً من ذمته المالية يتمثل في جزء من هذه القيمة، فيكون لكل شريك نصيبه في المزايا الاقتصادية الناتجة عن استعمال حق الملكية المشترك على المال الشائع وهذا الحق الشخصي للشريك في انقسام مزايا هذا المال ينشأ مباشرة عن حق الملكية المشتركة إذ أن الغاية الوحيدة من هذا الحق هي تحقيق المنفعة لكل من الشركاء.

بقـى **المـذهب الثالث** الذي حمل لواءه بعض الشراح المحدثين وعلى رأسـهم "كابيتان" فهؤلاء لا يرون في الشيوع نوعاً من الملكية على أية صورة كانت بل يرون فيه حقاً عينياً من نوع خاص.

هذه هي المذاهب الثلاثة التي انقسم في مدارها الشراح بين مؤيد ومفند.

وفيما يتعلق بتكييف الشيوع فحسبنا هنا أن نقرر أن المشرع المصري قد استمـسك بالمذهب التقليدي لتكييف الشيوع فاعتبره وضعاً من أوضاع الملكية وهو ما يتضح من صراحة عبارة المادة ٨٢٥ التي تنص على أنه "إذا ملك اثنان أو أكثـر شـيئاً غير مفرزة حصة كل منهم فيه فهم شركاء على الشيوع" فكأن المـشرع اعتبـر الشيوع ملكية يتعدد أصحابها بحيث يكون لكل شريك حصة

مادية في الشيء ذاته لا حصة معنوية في حق الملكية. كما أيد المشرع لتجاهه هذا بالنص في المادة ٨٢٦ على أن كل شريك في الشيوع يملك حصة ملكاً تاماً" فليس حقه إذن جزءاً من القيمة الاقتصادية التي تحصل من مزايا الشيء، كما زعم أنصار مذهب الملكية المشتركة بل إنه حق ملكية مادية يقع على جزء من المال الشائع.

والحق أن المذهب التقليدي مذهب واقعي لكونه أكثر انطباقاً على حقيقة الأمور، أما مذهب الملكية المشتركة فيتعارض مع الواقع إذ أن الملكية المشتركة ينشأ عنها شخص معنوي مستقل عن أشخاص الشركاء كما في الشركات والجمعيات، ومن المسلم به أن هذا الوضع غير متحقق في حالة الشيوع، كما أن المذهب الحديث الذي يكيف الشيوع كحق عيني من نوع خاص لا يحل الإشكال القائم بل يثير إشكالاً جديداً عن كنه هذا الحق الجديد[1].

وإنني أتفق مع ما ذهب إليه الأستاذ الدكتور/ محمد علي عرفة وهو الرأي الذي أخذ به المشرع المصري حيث أخذ بما ذهب إليه المذهب التقليدي في تكييف الشيوع على أنه وضعاً خاصاً من أوضاع الملكية الفردية.

(١) د. محمد علي عرفة، شرح القانون المدني الجديد في حق الملكية، ج١، ط٣، سنة ١٩٥٤، ص ٣٧٥، ٣٧٦، ٣٧٧.

والتقنين المختلط وتنص على ضمان التعرض والاستحقاق في القسمة وعلى نقض القسمة للغبن فيما يزيد عن الخمس وهذه نصوص لا نظير لها في التقنين الحالي "السابق" ثم أعقب ذلك بنصوص تتناول قسمة المهايأة وكلها نصوص جديدة تقنن المبادئ التي استقر عليها القضاء المصري وتزيد عليها بعض الأحكام الصالحة[1].

هذا ولقد نظم التقنين المدني الحالي أحكام الملكية الشائعة في المواد من ٨٢٥ إلى ٨٣٣ ويقصد بها النصوص التي تنظم سلطات المالك في استعمال المال الشائع واستغلاله والتصرف فيه، كما تنظم قسمة المال الشائع في المواد من ٨٣٤ إلى ٨٤٩".

الفرع الثاني: في التقنين المدني الكويتي:

أ- في القانون المدني القديم (المرسوم بالقانون رقم ٦٧ لسنة ١٩٨٠ بإصدار القانون المدني):

حيث أن المرسوم بقانون رقم ٦٧ لسنة ١٩٨٠ الخاص بإصدار القانون المدني الكويتي يعد قانوناً حديث النشأة مقارنة بالقانون المدني المصري القديم، حيث أنه صدر في وقت كان القانون المدني المصري الحالي (الجديد) يطبق على الملكية الشائعة ومن ثم صدر قانون متكاملاً بالنسبة للملكية الشائعة حيث أنه استقى معظم أحكامه من القانون المدني المصري (الجديد).

(١) د. أيمن سعد، المرجع السابق، ص ٤٣، ٤٤، هامش (١)، مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني، ٦، ص ٩.

ماديـــة في الشيء ذاته لا حصة معنوية في حق الملكية. كما أيد المشرع اتجاهه هـــذا بالـــنص في المادة ٨٢٦ على أن "كل شريك في الشيوع يملك حصة ملكاً تامـــاً" فليس حقه إذن جزءاً من القيمة الاقتصادية التي تحصل من مزايا الشيء، كما زعم أنصار مذهب الملكية المشتركة بل إنه حق ملكية مادية يقع على جزء من المال الشائع.

والحق أن المذهب التقليدي مذهب واقعي لكونه أكثر انطباقاً على حقيقة الأمور، أما مذهب الملكية المشتركة فيتعارض مع الواقع إذ أن الملكية المشتركة ينـــشأ عـــنها شـــخص معنوي مستقل عن أشخاص الشركاء كما في الشركات والجمعيات، ومن المسلم به أن هذا الوضع غير متحقق في حالة الشيوع، كما أن المذهب الحديث الذي يكيف الشيوع كحق عيني من نوع خاص لا يحل الإشكال القائم بل يثير إشكالاً جديداً عن كنه هذا الحق الجديد[1].

وإننـــي أتفـــق مع ما ذهب إليه الأستاذ الدكتور/ محمد علي عرفة وهو الـــرأي الذي أخذ به المشرع المصري حيث أخذ بما ذهب إليه المذهب التقليدي في تكييف الشيوع على أنه وضعاً خاصاً من أوضاع الملكية الفردية.

---

(١) د. محمـــد علـــي عـــرفة، شرح القانون المدني الجديد في حق الملكية، ج١، ط٣، سنة ١٩٥٤، ص ٣٧٥، ٣٧٦، ٣٧٧.

المطلب الثاني
تطور تنظيم الملكية الشائعة

أعرض في هذا المطلب لتطور تنظيم الملكية الشائعة في القانون المدني المصري والقانون المدني الكويتي.

الفرع الأول: التقنين المدني المصري:

أ- في القانون المدني القديم:

على الرغم من أهمية الملكية الشائعة وانتشارها في مصر بسبب الميراث وبقاء الورثة غالباً في الشيوع فترة طويلة، إلا أن نصوص القانون المدني جاءت مقتضبة واقتصر على تنظيم إجراءات قسمة المال الشائع النهائية في الفصل الخاص بقسمة التركات في المواد ٤٤٨ وما بعدها، فضلاً عن ذلك فقد اشتمل قانون المرافعات القديم على نص وهو المادة ٦٢١ التي لا تجيز البقاء في الشيوع مدة تزيد عن خمس سنوات ولم يكن هناك ما يدعو الشارع المصري القديم إلى إغفال تنظيم أحكام الملكية الشائعة بالرغم من أهميتها وانتشارها في مصر، واستمرارها لمدة طويلة، سوى أنه كان مقلداً أو بمعنى أدق "مترجماً" للتقنين المدني الفرنسي وإن كان لهذا الأخير أسباب تاريخية تدفعه إلى هذا الاقتضاب فلم يكن المشرع المصري في التقنين المدني القديم أي مبرر في هذا الصدد، لذا فقد اجتهد القضاء المصري بقيادة محكمة النقض في عهد هذا التقنين لسد هذا النقص التشريعي وقدم لجمهور المتعاملين كثيراً من الأحكام والحلول العملية لتنظيم استعمال المال الشائع واستغلاله والتصرف فيه، كانت خير معين للشارع المصري في التقنين المدني الحالي في تنظيمه لأحكام الملكية الشائعة[1].

---

(١) د. أيمن سعد، المرجع السابق، ص ٤٢، ٤٣.

ب- في التقنين المدني الحديث:

صدر القانون المدني الحالي في ٩ رمضان لسنة ١٣٦٧هـ الموافق ١٦ يوليو ١٩٤٨م، وعمل به اعتباراً من ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩م، وقد تلافى القانون المدني الحالي القصور التشريعي الذي كان يشوب التقنين السابق بشأن تنظيم الملكية الشائعة، فلقد تبسط التقنين الحالي في تنظيم أحكام الملكية الشائعة، وقسمة المال الشائع، بما يتناسب مع أهميتها في مصر[1]. وقد فصلت المذكرة الإيضاحية هذا التطور التشريعي بقولها: "أما الملكية الشائعة فلا يكاد التقنين الحالي "السابق" ينكر عنها شيئاً مع ما لهذا النوع من الملكية من الأهمية والانتشار في مصر، وقد تبسط المشرع في الملكية الشائعة بما يتفق وأهميتها فجعل حق المشتري لجزء مفرز من المال الشائع ينتقل - إذا لم يقع هذا الجزء عند القسمة في نصيب البائع - إلى ما يؤول إلى البائع بطريق القسمة ووقف بنوع خاص عند إدارة المال الشائع حتى يزيل ما يصيب أغلبية الشركاء من العنت بسبب تحكم الأقلية، فبعد أن قرر أن إدارة المال الشائع تكون من حق جميع الشركاء مجتمعين، فصل هذا المبدأ وبيّن أن ما يستقر عليه رأي من يملكون ثلاثة أرباع المال الشائع يكون ملزماً للجميع وعرض المشروع لحق استرداد الحصة الشائعة فقصره على المنقول حتى لا يتزاحم في العقار مع الشفعة - وانتقل بعد ذلك إلى انقضاء الشيوع بالقسمة ففصل إجراءاتها وهي تتفق بالجملة مع الإجراءات التي نص عليها التقنين الحالي "السابق" ونص على الأثر الكاشف للقسمة فأزال بذلك التناقض الموجود بين التقنين الأهلي

---

(١) د. أيمن سعد، المرجع السابق، ص ٤٣.

والتقنين المختلط ونص على ضمان التعرض والاستحقاق في القسمة وعلى نقض القسمة للغبن فيما يزيد عن الخمس وهذه نصوص لا نظير لها في التقنين الحالي "السابق" ثم أعقب ذلك بنصوص تتناول قسمة المهايأة وكلها نصوص جديدة تقنن المبادئ التي استقر عليها القضاء المصري وتزيد عليها بعض الأحكام الصالحة[1].

هـذا ولقد نظم التقنين المدني الحالي أحكام الملكية الشائعة في المواد من ٨٢٥ إلى ٨٣٣ ويقصد بها النصوص التي تنظم سلطات المالك في استعمال المال الشائع واستغلاله والتصرف فيه، كما نظم قسمة المال الشائع في المواد من ٨٣٤ إلى ٨٤٩".

الفرع الثاني: في التقنين المدني الكويتي:

أ- في القانون المدني القديم (المرسوم بالقانون رقم ٦٧ لسنة ١٩٨٠ بإصدار القانون المدني):

حيث أن المرسوم بقانون رقم ٦٧ لسنة ١٩٨٠ الخاص بإصدار القانون المدني الكويتي يعد قانوناً حديث النشأة مقارنة بالقانون المدني المصري القديم، حيث أنه صدر في وقت كان القانون المدني المصري الحالي (الجديد) يطبق على الملكية الشائعة ومن ثم صدر قانوناً متكاملاً بالنسبة للملكية الشائعة حيث أنه استقى معظم أحكامه من القانون المدني المصري (الجديد).

(١) د. أيمن سعد، المرجع السابق، ص ٤٣، ٤٤، هامش (١)، مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني، ٦، ص ٩.

ب- القانون المدني الجديد (رقم ١٥ لسنة ١٩٩٦):

صــدر هــذا القانون بهدف تعديل بعض نصوص المرسوم بقانون وفي خصوص الملكية الشائعة لم يتناول سوى المادة ٨٤٢.

حيث حذف من المادة ٨٤٢ عبارة "**إذا وجد اتفاق صريح على الإعفاء منه في الحالة الخاصة التي تنشأ منها**" لأن مثل هذا الاتفاق ينافي مقتضى العقد وفــق قواعد الفقه الإسلامي. هذا فضلاً عن أنه يتعارض مع مبدأ جوهري في العقــد هو تحقيق المساواة بين المتقاسمين[١] وأصبحت المادة ٨٤٢ مدني كويتي تـنص على أنه "**مع عدم الإخلال بما تقضي به المادة السابقة (٨٤١) لا يكون للضمان محل إذا كان الاستحقاق راجعاً إلى خطأ المتقاسم نفسه**".

---

(١) المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الكويتي، المرجع السابق، ص ٨٠٠.

الفصل الأول
سلطات المالك على الشيوع في استعمال المال الشائع

تمهيد وتقسيم:

لكل مشتاع سلطات ترد على الشيء المادي ذاته، وهو يمارسها إما بمفرده أو بالاشتراك مع سائر المشتاعين، بشرط ألا يتعارض هذا مع حقوق الآخرين، الذي تثبت لهم حقوقاً متشابهة، لهذا لا يكون للشريك أن يأتي عملاً يضر بحقوق باقي الشركاء[1]. ويطلق على مجموع هذه السلطات لفظ "الحصة الشائعة"[2].

اعترف الشارع في كافة الأنظمة القانونية للمالك المشتاع بالحق في استعمال المال الشائع، ولكن نظراً لأنه لا يمتلك وحده هذا المال بل يشترك مع

---

(١) د. نبيلة إسماعيل رسلان، الحقوق العينية الأصلية، أسباب وأحكام كسب الملكية، سنة ٢٠٠٤، ص ٤٢٩، هامش (١).

للشريك على الشيوع طبقاً للمادة ٨٢٦ من القانون المدني أن يتصرف في حصته وأن يستولي على ثمارها وأن يستعملها إلا أنه لما كان ذلك مشروطاً بألا يلحق ضرراً بحقوق سائر الشركاء، وكان الحكم المطعون فيه قد خلص إلى أن مورث الطرفين كان يتخذ من عين النزاع مركزاً لإدارة أمواله وأعماله وأنها ظلت في حيازته حتى وفاته وأن حيازتها انتقلت بوفاته لجميع الورثة وأن أموال الشركة أن وضعت تحت الحراسة القضائية فقد تعين الإبقاء على عين النزاع مقراً لإدارتها، ورتب على ذلك أن في اتخاذ الطاعن منها مقراً لأعماله إضراراً بحقوق باقي الورثة فإنه يكون صحيحاً في ما قضى به من طرد الطاعن من عين النزاع، مجموعة أحكام محكمة النقض "المكتب الفني" نقض مدني ١٩٧٩/٢/٧، الطعن ٢٢٩ لسنة ٤٨، السنة الثلاثين، ص ٤٩٦.

(٢) د. نبيلة رسلان، المرجع السابق، ص ٤٢٩.

آخرين في ملكيته، فقد فرض عليه قيوداً في استعماله لهذا المال مراعاة لمصلحة شـــركائه الباقـــين، والأصل أن ينظم الاتفاق بين الشركاء طريقة استعمال المال الشائع لكن غالباً ما يتعذر اتفاق الشركاء على هذا التنظيم فيلجأ الشريك للقضاء طالباً منه تنظيم الاستعمال[1].

ومن استقراء نصوص القانون المدني الكويتي فيما يتعلق بالمال الشائع وسلطات المالك على الشيوع في استعماله اتضح لنا أن المشرع قد أعطى المالك علـــى الشيوع الحق في استعماله لهذا المال شريطة ألا يتعارض ذلك الاستعمال مع مصلحة باقي الشركاء على الشيوع.

ومـــن المناسب قبل التعرض للتنظيم التشريعي والاتفاقي والقضائي أن نتعرض لمسألة أولية وهي حفظ المال الشائع ومن ثم سيكون مباحث هذا الفصل على الوجه التالي:

المبحث الأول: حفظ المال الشائع.

المبحث الثاني: التنظيم التشريعي لاستعمال المال الشائع.

المبحث الثالث: التنظيم الاتفاقي لاستعمال المال الشائع.

المبحث الرابع: التنظيم القضائي لاستعمال المال الشائع.

---

(١) د. أيمن سعد، المرجع السابق، ص ٩٦.

المبحث الأول
حفـظ المـــال الشائـع

أولا: التقنين المدني المصري:

تنص المادة ٨٣٠ مدني مصري على أن:

"لكـل شريك في الشيوع الحق في أن يتخذ من الوسائل ما يلزم لحفظ الشيء، ولو كان ذلك بغير موافقة باقي الشركاء".

هـذا النص أعطـى كل شريك الحق في أن يتخذ ما يلزم لحفظ المال الـشائع – بغض النظر عن حجم حصته يستوي في ذلك أن يوافق بقية الشركاء أو أن يعترضـوا، فأعمـال الحفظ تتم بقصد منع الهلاك عن الشيء أو حمايته، فهي تفيد الشركاء الآخرين، فلا غضاضة في تخويل كل شريك هذا الحق، وهي وإن كانـت حقاً لكل شريك فهي واجب عليه أيضاً[1]، وأعمال الحفظ التي يحق لأي شـريك القيام بها، قد تكون أعمال مادية وقد تكون أعمال قانونية ومثال الأولـى إجـراء التـرميمات الضرورية، وتسوية الأرض أو تحويطها، جني المحصول في مواعده[2].

---

(١) د. نبـيلة رسلان، المرجع السابق، ص ٤٣٠. وراجع أيضاً في هذا المعنى، د. رمضان أبـو السعود، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية – أحكامها ومصادرها، طبعة ٢٠٠٤، ص ٦٣، المذكـرة الإيـضاحية للقانـون المدنـي الكويتي، المرجع السابق، ص ٦٠٢، د. محمـد شـكري سرور، موجز نظم حقوق الملكية في القانون المدني الكويتي، دراسة مقارنة، الطبعة الثانية، ١٩٩٨، ص ٢٩٥.

(٢) د. نبيلة رسلان، المرجع السابق، ص ٤٣٠.

وقد تكون أعمالاً أو إجراءات قانونية، كالوفاء بدين الدائن المرتهن للعين الشائعة توقياً للتنفيذ عليها ورفع دعاوى الحيازة ضد من يعتدي على حيازة الشركاء وقطع التقادم المكسب لملكية العين ضد من يحوزها بنية اكتساب ملكيتها[1].

والشريك بما له من حق في أن ينفرد بالقيام بهذه الأعمال ينوب نيابة قانونية عن بقية الشركاء، ويكون له الرجوع على كل منهم بقدر نصيبه في النفقات التي تكبدها لحفظ الشيء[2].

وفي هذا **قضت محكمة النقض** أن دعوى سد المطلات المفتوحة بغير حق على المال الشائع، من قبيل الوسائل اللازمة لحفظه التي يملك كل شريك على الشيوع مباشرتها ولو كان ذلك بغير موافقة باقي الشركاء عملاً بنص المادة ٨٣٠ من القانون المدني[3].

وقد **قضت محكمة النقض** المصرية بأنه: "لما كانت أعمال حفظ المال الشائع المعينة بنص المادة ٨٣٠ من القانون المدني تتسع لرفع دعاوى الحدود والحيازة والاستحقاق وما يلحق بها من طلبات الإزالة والتعويض، وكان الحكم المطعون فيه قد التزم هذا النظر فإنه لا يكون قد أخطأ في تطبيق القانون ويكون النعي عليه بهذا السبب على غير أساس[4].

---

(١) د. نبيلة رسلان، المرجع السابق، ص ٤٣٠، ٤٣١.

(٢) د. عبد المنعم فرج الصده، حق الملكية، ط٣، ١٩٦٧، ص ٢٠١.

(٣) نقض مدني ٢٥/١/١٩٨١، طعن رقم ٦٩٩، لسنة ٤٧ق، ص ٢٠٧، بند ٤٣، مجموعة أحكام النقض، المكتب الفني، ص ٣٢.

(٤) نقض مدني، جلسة ١٦/٦/١٩٨٧، طعن رقم ٩٠٤، لسنة ٥٣ق، ص ٨٤٢، بند ١٧٧، لسنة ٣٨، ج٢، مجموعة أحكام النقض، المكتب الفني.

ولا خلاف حول حق كل شريك في القيام بأعمال الحفظ، فهو يستند إلى صريح نص المادة ٨٣٠ مدني، وإن كان الخلاف قد أثير حول أساس هذا الحق، أي بيان الصفة التي يقوم بها الشريك في حفظ المال[1]. ونحن نتفق مع ما ذهبت إليه الأستاذة الدكتورة نبيلة رسلان وهو ما ذهب إليه غالبية الفقه المصري[2] في أن الشريك يعتبر نائباً قانونياً عن بقية الشركاء، وإن كان يعترض على ذلك بأن النيابة تنحصر في التصرفات القانونية وحدها، فإن مثل هذا الاعتراض مردود بأن للولي وللوصي القيام بأعمال الحفظ لأموال القاصر رغم أن هذه الأعمال قد تكون تصرفات قانونية أو أعمال مادية. أضف إلى ذلك أن الأعمال المادية كالتي تتم عادة عن طريق تصرف قانوني، هو اتفاق الشريك مع من يباشر العمل بنفسه[3].

---

(١) د. نبيلة رسلان، المرجع السابق، ص ٤٣١، هامش (٢) ذهب رأي مع المذكرة الإيضاحية أن الشريك في هذا يتصرف في حدود قواعد الفضالة إن لم يوافق الشركاء الآخرين على عمله، أم إذا علموا واعترضوا فإن الشريك يرجع عليهم بدعوى الأثراء، الأعمال التحضيرية ج٦، ص ٩٥، د. السنهوري، المرجع السابق، ص ١٠٦٢، د. محمد علمي عرفة، المرجع السابق، ص ٢٩٤، د. توفيق فرج، الحقوق العينية الأصلية، سنة ١٩٨٤، ص ٢٢٥.

(٢) د. نبيلة رسلان، المرجع السابق، ص ٤٣١. وراجع أيضاً في هذا المعنى، د. عبد المنعم البدراوي، شرح القانون المدني في الحقوق العينية الأصلية، ط٢، لسنة ٥٦، دار الكتاب العربي بمصر، ص ١٦٢، د. شفيق شحاتة، شرح القانون المدني في الأموال – القسم الأول – النظرية العامة للحق العيني، سنة ١٩٥١، ص ٨٦٨، د. حسن كيره، الحقوق العينية الأصلية ج١ حق الملكية ط١ سنه ١٩٥٨ ص ٣٢٤ هامش ١، د. عبد المنعم الصده، الحقوق العينية الأصلية، دراسة في القانون اللبناني والمصري، ١٩٨٢، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، ص ١٧٢، د. أحمد سلامة، الملكية الفردية، ص ٢١٨.

(٣) د. نبيلة رسلان، المرجع السابق، ص ٤٣١، ٤٣٢.

وأرى ما ذهب إليه صاحب هذا الرأي وهو صحة ما ذهب إليه الأغلبية وأهيب بالمشرع المصري الأخذ بهذا التكييف صراحة من نصوصه، وذلك لقطع الخلاف حول هذا التكييف وللتأكيد على أن النيابة هنا نيابة قانونية، ومن ثم فهي تتسع لتشمل التصرفات القانونية، والأعمال المادية، وهو ما فعله مشروع القانون المدني المصري طبقاً لأحكام الشريعة الإسلامية في نصه في المادة ٨٣٤ على ما يأتي: **"لكل شريك في الشيوع حق القيام بأعمال الحفظ دون حاجة إلى موافقة باقي الشركاء ويعتبر في قيامه بهذا الأعمال نائباً عن الباقين"**[١].

ثانيا: في التقنين المدني الكويتي:

تنص المادة ٨٢٥ مدني كويتي على أنه:

"لكل شريك الحق في أن يتخذ من الوسائل ما يلزم لحفظ الشيء الشائع، وذلك دون حاجة لموافقة باقي الشركاء".

وبالإطلاع على المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الكويتي يتضح لنا تفسير المادة ٨٢٥ مدني كويتي على النحو الآتي:

---

(١) د. أيمن سعد، المرجع السابق: ص ٢٩٧، ٢٩٨، هامش (١)، المذكرة الإيضاحية لمشروع القانون المدني المصري طبقاً لأحكام الشريعة الإسلامية، ص ٣٣١ تعليقاً على المادة ٨٣٤

بعــد بــيان أعمـــال الإدارة بنوعـــيها، المعتادة وغير المعتادة، عرض المشروع بنص م ٨٢٥ لأعمال الحفظ، فأعطى لكل شريك الحق في أن يتخذ ما يلــزم لحفظ الشيء الشائع دون حاجة لموافقة باقي الشركاء. ويستوي أن تكون أعمـــال الحفـــظ مادية مثل الترميم والصيانة وجني الثمار في موعدها قبل أن تتلف، أو إجراءات أو تصرفات قانونية مثل رفع دعاوى الحيازة ضد من يعتدي على حيازة الشركاء أو قطع التقادم الساري لمصلحة من يحوز المال بنية تملكه أو الــوفاء بدين الدائن المرتهن توقياً للتنفيذ على المال، ونظراً إلى أن مثل هذه الأعمـــال لا تحتمل التأخير لم يخضعها المشرع للقواعد الخاصة بأعمال الإدارة بــوجه عام من حيث ضرورة توافر أغلبية للقيام بها، فلكل شريك أن يقوم بها وحـــده، والشريك إذ يقوم بهذه الأعمال يقوم بها بحكم القانون لحساب الشركاء جميعاً، ولهذا فهو يرجع على كل منهم بحصته فيما أنفق[1].

وحـــيث أن هـــذا الـــنص مطابق لمثيله المصري (نص م ٨٣٠ مدني مـــصري) الذي يحكم حفظ المال الشائع بمعرفة أحد الشركاء حتى ولو كان ذلك بدون موافقة باقي الشركاء.

ومن ثم نحيل في هذا الصدد لما سبق ذكره بخصوص المادة ٨٣٠ مدني مصري.

---

(١) المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الكويتي، المرجع السابق، ص٦٠٢ ، ٦٠٣.

نفقات الحفظ والإدارة وسائر التكاليف:

أولا: في التقنين المدني المصري:

تنص م ٨٣١ من هذا التقنين على أن:

"إدارة المال الشائع وحفظه والضرائب المفروضة عليه وسائر التكاليف الناتجة عن الشيوع أو المقررة على المال يتحملها جميع الشركاء كل بقدر حصته، ما لم يوجد نص يقضي بغير ذلك".

يلاحظ أنه ليس في هذا النص ما يخرج عن حكم القواعد العامة، فكل الشركاء في الشيوع ملاك للمال الشائع، فتقسم تكاليف هذا المال عليهم جميعاً كل بقدر حصته، وعلى ذلك فنفقات حفظ المال الشائع وهي النفقات التي صرفت في صيانته وترميمه أو مصروفات الدعاوى التي رفعت لحفظ المال الشائع، أو غير ذلك من نفقات حفظ تقسم على الشركاء كل بقدر حصته ونفقات الحفظ في ذلك شأنها شأن نفقات الإدارة والضرائب وأقساط الديون وفوائدها تقسم على الشركاء كل بحسب حصته ما لم يكن هناك اتفاق بين الشركاء جميعاً على نسبة أخرى أو ما لم يقضي القانون بغير ذلك، مثاله نص م ١/٨١٥ مدني فيما يتعلق بالحائط المشترك وهو شائع بين الجارين. وما لم يوجد اتفاق مخالف كإعفاء الشريك المدير منها مقابل أعمال الإدارة[1].

---

(١) د. نبيلة رسلان، المرجع السابق، ص ٤٣٢. وراجع أيضاً في هذا المعنى، د. عبد المنعم فرج الصده، دراسة في القانون اللبناني والمصري - الحقوق العينية الأصلية، ١٩٨٢، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، ص ١٧٢.

وحق الشريك المنفق على أعمال الحفظ في الرجوع على شركائه بما أنفقه كل بقدر حصته، مقيد بعدم رجوع ما أصاب الشيء الشائع من تلف إلى خطئه؛ فإن أصلح الشريك ما أصاب الشيء الشائع من تلف ناتج عن خطئه فلا يعتبر عمله، عندئذ، عملاً من أعمال الحفظ بل هو رفع الضرر عيناً عن شركائه، ومن ثم لا يجوز له الرجوع بنفقات الإصلاح في هذه الحالة على الشركاء الباقين[1].

وقد قضت محكمة النقض المصرية تطبيقاً لذلك بأنه: "لئن كان من الأصول المقررة وفقاً لنص المادتين ٨٣٠، ٨٣١ من القانون المدني أن للشريك في الشيوع، منفرداً ودون حاجة إلى موافقة باقي الشركاء القيام بأعمال حفظ المال الشائع يستوي في ذلك أن تكون من الأعمال المادية أو من التصرفات القانونية، ويلتزم جميع الشركاء في ملكية المال الشائع بنفقات هذه الأعمال وتقسم عليهم كل بقدر حصته في الملكية إلا أنه إذا كان أحد الشركاء مستأثراً بالانتفاع بالعقار المملوك على الشيوع، فأصاب العقار التلف بسبب مرده خطأ هذا الشريك فإن مسئوليته عن تعويض ما حاق الشركاء الآخرين من ضرر تكون متحققة على أساس من قواعد المسئولية العقدية إن كان انتفاعه بالعقار محكوماً باتفاق انعقد بينه وبين سائر الشركاء أو على سند من المسئولية التقصيرية إن انتفى قيام العقد، والتعويض إما أن يكون عينياً وهو الأصل، ويصار إلى عوضه، أي التعويض النقدي إن تعذر التعويض عينياً، فإن أصلح

---

(١) انظر في هذا المعنى، د. السنهوري، المرجع السابق، ص ٨٦٧، وراجع ما ذكره د. أيمن سعد، المرجع السابق، ص ٣٠١، ٣٠٢.

الشريك الذي وقع منه الخطأ ما أصاب العقار من تلف فإن ذلك لا يعتبر عملاً من أعمال حفظ المال الشائع بل هو رفع الضرر عيناً عن المضرورين، فلا يجوز له الرجوع بنفقات الإصلاح في هذه الحالة على الشركاء في الملكية الشائعة"[1].

ويجوز لأي من الشركاء للتخلص من دفع حصته في النفقات والتكاليف أن يتخلى عن حصته في المال الشائع، وهذه قاعدة عامة مقررة للتخلص من أي التزام عيني، وهو الالتزام الذي يكون سببه ملكية العين[2].

وقد كان المشروع التمهيدي يردف نص المادة ٨٣١ بقوله "**لكل شريك أن يتخلص من هذه النفقات إذا تخلى عن حصته في المال الشائع**" وإن كانت العبارة حذفت إلا أن ذلك لا يمنع الأخذ بحكمها[3].

يجوز لأي شريك أن يتخلص من تلك النفقات بالتخلي عن حصته في المال الشائع ويترتب على هذا التخلي أن تصبح هذه الحصة ملكاً لباقي الشركاء بنسبة حصة كل منهم في المال الشائع ويتحمل باقي الشركاء نفقات الحفظ أو الإدارة كل بقدر حصته[4].

---

(١) نقض مدني جلسة ١٩٨٨/١٢/١٥، الطعن رقم ٦١٠ لسنة ٦٥ق، بند ٢٢٤، ص ١٣١٧، ١٣١٨، مجموعة أحكام محكمة النقض، المكتب الفني لسنة ٣٩.

(٢) د. السنهوري، المرجع السابق، ص ١٠٦٧. وراجع أيضاً في هذا المعنى، د. رمضان أبو السعود، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية، سنة ١٩٩٧، أحكام الحقوق العينية الأصلية ومصادرها، ص ٨٢.

(٣) د. نبيلة رسلان، المرجع السابق، ص ٤٣٣. وراجع أيضاً في هذا المعنى، د. رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص ٨٢.

(٤) د. سعيد سعد عبد السلام، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية والتبعية – الجزء الأول – حق الملكية فقهاً وقضاءً، دار النهضة العربية، سنة ٢٠٠٠، ص ١٦٦-١٦٧.

وإذا كان المال الشائع عقاراً وجب تسجيل سند التخلية وفقاً لأحكام الشهر العقاري[1].

يجب أن يلاحظ أن التخلي لا أثر له إلا على الالتزامات الناتجة عن الشيوع ذاته وهي تلك التي يسهم فيها الشركاء جميعاً؛ فلا أثر له على مسئولية المالك الشخصية الناتجة عن خطأ ارتكبه يترتب عليه إتلاف الشيء الشائع مثلاً أو الناتج عن تعسفه في استعمال حقه في الملكية الشائعة[2].

ثانيا: في التقنين المدني الكويتي:

تنص المادة ٨٢٦ مدني كويتي على أنه:

نفقات حفظ المال الشائع وإدارته وسائر التكاليف المقررة عليه يتحملها جميع الشركاء كل بنسبة حصته، ما لم يتفق الشركاء جميعاً على غيره أو يقضي القانون بخلافه".

---

(١) د. أيمن سعد، المرجع السابق، ص ٣٠٣، هامش (٣)، د. شفيق شحاتة، المرجع السابق، بند ١٤٨، ص ١٧٠، هامش (٢)، د. محمد علي عرفه، المرجع السابق، بند ٢٩٨، ص ٣٩٦؛ د. عبد المنعم الصده، الحقوق العينية الأصلية، دراسة في القانون اللبناني والمصري، ١٩٨٢، بند ١١٩، ص ١٧٢، د. عبد المنعم البدراوي، المرجع السابق، ص ١٢٢، ١٥٢.

(٢) د. إسماعيل غانم، الحقوق العينية الأصلية، ج١، حق الملكية، مكتبة عبد الله وهبه، سنة ١٩٥٩، بند ٦٤، ص ١٣٣. وراجع أيضاً في هذا المعنى د. عبد المنعم الصده، المرجع السابق، بند ١١٩، ص ١٧٢.

وتقول المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الكويتي بخصوص تفسير نص هذه المادة (٨٢٦) وبعد أن عرض المشروع لمن له الحق في القيام بأعمال الإدارة بصورها المختلفة، عرض في نص م ٨٢٦ لنفقات الحفظ والإدارة وسائر التكاليف المقررة على المال كالضرائب والرسوم فيتحمل جميع الشركاء هذه النفقات التي تنفق لمصلحة الجميع كل بقدر حصته في الشيوع. وليس ثم ما يمنع من أن يتفق الشركاء على نسبة أخرى في توزيع النفقات أو أن يعفى أحدهم منها أو من بعضها كما قد ينص القانون في حالة خاصة على خلاف حكم هذا النص الذي يقرر القاعدة العامة[1].

وتتفق أحكام التقنين الكويتي مع أحكام التقنين المصري[2]، كما ذكر الدكتور السنهوري، ومن ثم نحيل في هذا الصدد لما سبق ذكره بخصوص المادة (٨٣١) مدني مصري.

---

(١) المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الكويتي، المرجع السابق، ص ٦٠٣.

(٢) د. السنهوري، المرجع السابق، ص ١٠٦٤.

المبحث الثاني

التنظيم التشريعي للاستعمال

أولاً: حق المالك المشتاع في استعمال المال الشائع:

سنبحث هذا الحق في التقنين المصري أولاً، ثم في التقنين الكويتي، ثم نعرض بعد ذلك الموقف في الشريعة الإسلامية في هذا الخصوص.

أولاً: في التقنين المدني المصري:

تنص الفقرة الأولى من المادة ٨٢٦ مدني على أنه:

"كل شريك في الشيوع يملك حصته ملكاً تاماً، وله أن يتصرف فيها وأن يستولي على ثمارها وأن يستعملها بحيث لا يلحق الضرر بحقوق سائر الشركاء".

يتبين من النص سالف الذكر أن الملكية الشائعة هي حق ملك تام: فهي ملكية فردية، شأنها في ذلك شأن الملكية المفرزة وأسباب كسب الملكية الشائعة هي نفس أسباب كسب الملكية المفرزة وأهم هذه الأسباب بالنسبة إلى الملكية الشائعة، هو الميراث، فأكثر ما يكون الشيوع عند وفاة المورث وتركه ورثة متعددين، فتنتقل إليهم أمواله شائعة، وقد يكون مصدر الشيوع الوصية، كما إذا أوصى شخص لإثنين بمال على الشيوع. وقد يكون مصدر الشيوع العقد، كما إذا اشترى شخصان مالاً على الشيوع، أو كما إذا باع مالك الدار نصف داره في الشيوع[1].

---

(١) د. السنهوري: المرجع السابق، ص ١٠٥٤، هامش (١)، وإذا كان العقد شركة تتمتع بالشخصية المعنوية، فمادامت هذه الشخصية المعنوية قائمة فالمال غير شائع وهو مملوك ملكية مفرزة للشركة، فإذا انحلت الشركة وصفيت، أصبحت أموالها مملوكة على الشيوع.

فهـذا الـنص يعطـي لكـل شريك سلطات الملك الثلاثة من استعمال واسـتغلال وتـصرف ولكـن حقه يتقيد في هذا الصدد بعدم الإضرار بحقوق الشركاء الآخرين، وهي ترد مثل حصته على العين الشائعة جميعها[1].

فالمالـك على الشيوع كما يقول النص سالف الذكر، يملك حصته ملكاً تامـاً، ولـه أن يتصرف فيها وأن يستولي على ثمارها وأن يستعملها بحيث لا يلحـق الـضرر بحقـوق سائر الشركاء، وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهـيدي فـي هـذا الصدد. "الملكية في الشيوع كالملكية المفرزة تشتمل على عناصر ثلاثة: الاستعمال والاستغلال والتصرف[2]. إلا أن الاستعمال والاستغلال

= للشركاء، ونرى من ذلك أنه يجب تمييز الشيوع على الشخصية المعنوية، فإذا كان المال شـائعاً بـين اثنـين فكل منهما يملك حصته شائعة في المال، أما إذا كان المال مملوك لـشخص معـنوي كالـشركة فالمال كله مملوك لهذا الشخص المعنوي، وليس لأحد من الشركاء في الشركة حق عيني فيه، كذلك يجب تمييز الشيوع عن تقابل حقين مختلفين في الشيء الواحد، فقد تكون رقبة الشيء لشخص وحق الانتفاع بها لشخص آخر، فلا يعتبر مالك الرقبة وصاحب حق الانتفاع في شيوع بينهما، لأن لكل منهما حقاً يختلف عن الحق الذي للآخر.

(١) متـى كان المطعون عليهم قد رفعوا الدعوى بطلب ريع ثلاثة أفدنة شائعة في إثنى عشر فدان فإن مفاد ذلك أن مطالبتهم انصبت على ريع حصتهم في مجموع العقار الشائع وذلك أثـناء قـيام حالة الشيوع وفي حق كل من يثبت أنه كان منتفعاً بهذه الحصة وبنسبة هذا الانـتفاع، نقـض مدني ٢٥/١٠/١٩٦٥، طعن ٣٢٦، لسنة ٣١ق، ص ١٤٥، ٢، ١٤٦، أحكام محكمة النقض، المكتب الفني، بند ١٨٠.

يتقـيدان بحقوق الشركاء الآخرين[1] فالمالك في الشيوع له أن يستعمل حقه وأن يستغله بحيث لا يلحق ضرر بحقوق سائر الشركاء[2]، وأما حق المالك المشتاع فـي التصرف كحـق المالك ملكية مفرزة، على أن يقع تصرفه على حصته الـشائعة، فيستطيع أن يبيع هذه الحصة وأن يهبها، وأن يرهنها رهناً رسمياً أو

---

(1) د. السنهوري، المرجع السابق، ص ١٠٥٧، هامش (٢)، وقد قضت محكمة النقض بأن الـثمار التي تنتج من المال الشائع أثناء قيام الشيوع من حق الشركاء جميعاً بنسبة حصة كل منهم، وللشريك على الشيوع أن يرجع بريع حصته على الشركاء الذين يضعون اليد على ما يزيد عن حصته كل بقدر نصيبه في هذه الزيادة (نقض مدني في ٣ ديسمبر سنة ١٩٧٤، مجموعة أحكام النقض، المكتب الفني، السنة ٢٥، طعن رقم ٣١٤، لسنة ٣٩ق، بـند ٢٢٦، ص ١٣٢٤، نقـض مدني ١٧٣٧ لسنة ٥١ق، في ٢١ نوفمبر سنة ١٩٨٢، مجموعة أحكام النقض، المكتب الفني، السنة ٣٣، بند ١٧٨، صفحة ٩٩٠).

(٢) د. السنهوري، المرجع السابق، ص ١٠٥٧، ١٠٥٨، وما بعدها، هامش (١)، وقد قضت محكمة النقض بأن الشريك على الشيوع طبقاً للمادة ٨٢٦ من القانون المدني أن يتصرف فـي حـصته وأن يستولي على ثمارها وأن يستعملها، إلا أنه لما كان ذلك مشروطاً بألا يلحـق ضرراً بحقوق سائر الشركاء، وكان الحكم المطعون فيه قد خلص إلى أن مورث الطرفين كان يتخذ من عين النزاع مركزاً لإدارة أعماله وأمواله، وأنها ظلت في حيازته حتى وفاته، وأن حيازتها انتقلت بوفاته إلى جميع الورثة، وأن أموال الشركة إذ وضعت تحت الحراسة القضائية فقد تعين الإبقاء على عين النزاع مقراً لإدارتها، ورتب على ذلك أن في اتخاذ الطاعن منها مقراً لأعماله إضراراً بحقوق باقي الورثة، فإنه يكون صحيحاً فـيما قـضى به من طرد الطاعن من عين النزاع (نقض مدني ٢٢٩ لسنة ٤٨ق، في ٧ فبرايـر سـنة ١٩٧٩، مجموعة أحكام النقض، المكتب الفني، السنة ٣٠، بند ٩٦، ص ٤٩٦).

رهن حيازة[1]، وأن المال الشائع كالمال المفرز، يباشر عليه المالك في الشيوع حق الاستعمال وحق الاستغلال وحق التصرف[2]. ولكنه يختلف عن المال المفرز في أن حق المالك في الشيوع مقيد بحقوق سائر الشركاء، وهذا هو ما يجعل للمال الشائع أحكاماً خاصة به، في إدارته لاستعماله واستغلاله وفي التصرف فيه[3].

ثانيا: التقنين المدني الكويتي:

تنص المادة (٨١٩) مدني كويتي على أنه:

"١- لكل شريك الحق في استعمال الشيء الشائع واستغلاله بقدر حصته وبمراعاة حقوق شركائه.

٢- وله أن يتصرف في حصته الشائعة".

---

(١) د. السنهوري، المرجع السابق، ص ١٠٥٨، هامش (٢)، مجموعة الأعمال التحضيرية ٦، ص ٨١.

(٢) د. السنهوري، المرجع السابق، ص ١٠٥٨، هامش (٣)، والمادة ٨٢٦ مدني تقول، كما رأينا، أن الشريك في الشيوع إنما يستعمل ويستغل ويتصرف في حصته الشائعة. وقد أخذ على صياغة النص "أن الاستعمال والاستغلال يردان على الشيء الشائع ذاته، لا على الحصة الشائعة فيه" (إسماعيل غانم، فقرة ٩٠، ص ١٤٥، (هامش (١)). وإذا كان الاستعمال لا يرد على الحصة الشائعة إلا تجوزاً ويكون بمعناه الانتفاع، فإن الاستغلال يرد على الحصة الشائعة كما يرد على الشيء الشائع. وإنما أريد في نص المادة ٨٢٦ مدني أن يبرز ما للشريك في الشيوع من حق ملكية تامة على حصته الشائعة، بما تشتمل عليه الملكية من عناصرها الثلاثة، التصرف والاستغلال والاستعمال.

(٣) د. السنهوري، المرجع السابق، ص ١٠٥٨.

بينت المادة ٨١٩ سلطات المالك على الشيوع، وهي الاستعمال والاستغلال والتصرف.

فبالنسبة للاستعمال والاستغلال، نص المشرع على أن للشريك الحق في استعمال الشيء الشائع واستغلاله بقدر حصته وبمراعاة حقوق شركائه. وبهذا يقيد النص مبدأ الحق في الاستعمال والاستغلال بقيدين الأول: يتعلق بمدى الحق فنص على أن يكون الاستعمال والاستغلال بقدر الحصة، والثاني: يتعلق بكيفية مباشرة الحق وهو القيد الذي تدل عليه عبارة "وبمراعاة حقوق شركائه". ونظراً لتعدد الشركاء ووحدة المحل الذي تباشر عليه السلطات، فكثيراً ما تثير مباشرة الاستعمال والاستغلال صعوبات في العمل، ولهذا بعد أن قرر المشرع المبدأ على النحو السابق عاد إلى تنظيم إدارة المال الشائع في المواد التالية ذلك التنظيم الذي يهدف إلى بيان كيفية إفادة كل شريك من سلطتي الاستعمال والاستغلال[١].

تتفق أحكام التقنين المدني الكويتي مع أحكام التقنين المدني المصري[٢].

وحيث أن نص م ٨٢٦ فقرة أولى من التقنين المدني المصري تتفق ونص المادة (٨١٩) فقرة ١، ٢ من التقنين المدني الكويتي لذا نحيل لما سبق بيانه في المادة ٨٢٦ الفقرة الأولى مدني مصري.

---

(١) المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الكويتي، المرجع السابق، ص ٥٩٥.

(٢) د. السنهوري، المرجع السابق، ص ١٠٥٤.

ثالثاً: في الفقه الإسلامي:

ذكر الفقهاء أن انتفاع الشريك بالعين المشتركة جائز بشرط ألا يترتب عليه ضرر بالشركاء الآخرين[1]. فقد جاء في كتاب "البناية في شرح الهداية" ما نصه: "يحق لكل واحد من الملاك المشتاعين استعمال المال الشائع والانتفاع به بقدر حصته ذلك أن الأعيان خلقت للانتفاع، وإذا كان الملك مشتركاً فإن حق الانتفاع به يكون أيضاً مشتركاً فإذا كان محل الملك المشترك يحتمل الانتفاع على الاشتراك في وقت واحد مثل الطريق المشترك والبئر المشتركة فلكل مالك مشتاع حق استعماله بشرط عدم الإضرار بحقوق سائر الشركاء"[2]. وإذا كان للمالك المشتاع حق في استعمال المال الشائع، فهذا الحق ليس مطلقاً، لأن المالك المشتاع لا يملك وحده المال الشائع، مثل المالك ملكية مفرزة وإنما هو يشترك في ملكية هذا المال مع شركائه الآخرين، ولهذه الطبيعة القانونية الخاصة لحق الملكية الشائعة فرض القانون المدني الوضعي، والفقه الإسلامي على المال المشتاع قيوداً يجب عليه مراعاتها عند استعماله المال الشائع[3].

---

(١) د. أيمن سعد، المرجع السابق، ص ٦١، هامش (٢)؛ فضيلة الشيخ علي الخفيف، الملكية في الشريعة الإسلامية مع مقارنتها بالقوانين العربية، معهد البحوث والدراسات العربية، الناشر دار النهضة العربية، سنة ١٩٨٨، ص ٩٨.

(٢) د. أيمن سعد، المرجع السابق، ص ٦٢، هامش (٣)؛ أبو محمد محمود بن أحمد العيني، البناية في شرح الهداية، ط١، دار الفكر للطباعة والنشر، ج١٠، ص ٥٥٥.

(٣) د. أيمن سعد، المرجع السابق، ص ٦١.

ثانياً: القيود التي ترد على حق المالك المشتاع في استعمال المال الشائع:

تنص المادة (٨٢٦) فقرة أولى مدني مصري على أنه:

"كل شريك في الشيوع يملك حصته ملكاً تاماً، وله أن يتصرف فيها وأن يستولي على ثمارها وأن يستعملها، بحيث لا يلحق الضرر بحقوق سائر الشركاء".

وتنص المادة (٨١٩) مدني كويتي على أنه:

"١- لكل شريك الحق في استعمال الشيء الشائع واستغلاله بقدر حصته وبمراعاة حقوق شركائه.

٢- وله أن يتصرف في حصته الشائعة".

باستقراء هذين النصين يتضح لنا أن هناك عدة قيود ترد على حق المالك المشتاع في استعمال المال الشائع وذلك على النحو التالي:

القيد الأول: ضرورة اتفاق استعمال المال الشائع مع الغرض الذي أعد من أجله:

طبقاً لنص المادة (١/٨٢٦) مدني مصري فإنه يجب أن يتفق استعمال المال الشائع مع الغرض الذي أعد من أجله.

ولهذا فإنه إذا كان للشريك في الشيوع الحق في أن يستعمل المال الشائع وأن يستغله، وكان للشركاء الآخرين مثل هذا الحق فإن سلطة كل منهم في استعمال الشيء واستغلاله تتقيد بالغرض الذي أعد من أجله هذا الشيء. ومن ذلك تحويل الأرض من أرض للزراعة إلى أرض للبناء إذا كانت تصلح لذلك

بالنسبة إلى موقعها وفي المباني تحويل المطعم إلى مقهى أو المقهى إلى مطعم أو تحول المسكن إلى فندق(١).

وطبقاً للمادة ١/٨٢٦ مدني مصري، ٨١٩ مدني كويتي تقتصر الأعمال التي يمكن للشريك أن يقوم بها على الشيء منفرداً على الأعمال التي تتفق وما أعده له الشيء ويمكن للشركاء جميعاً القيام بها في نفس الوقت دون أن يترتب على قيام أحدهم بها منع الباقين منها(٢).

القيد الثاني: ضرورة مراعاة حقوق الشركاء الباقين في الاستعمال:

وهذا ما نصت عليه المادة (٨٢٦) فقرة أولى مدني مصري – كما نصت عليه المادة (٨١٩) مدني كويتي.

لكل شريك أن يستولي على ثمار الشيء بقدر حصته، وله أن يستعمله بقدر هذه الحصة – ولكن سلطة الشريك في الاستعمال والاستغلال مقيدة بحقوق الشركاء الآخرين وهي ترد مثل حقه على العين الشائعة جميعها. ويترتب على ذلك أن الشريك ليس له أن ينفرد بأي عمل يتضمن تغييراً كثيراً فيما أعد له الشيء الشائع من استعمال أو استغلال أو يقتضي الاستئثار به أو بجزء منه وإنما تقتصر الأعمال التي للشريك أن يقوم بها بمفرده على تلك التي تتفق وما أعدت له العين الشائعة ويستطيع الشركاء جميعاً القيام بها في نفس الوقت بحيث

---

(١) د. السنهوري، المرجع السابق، ص ١٠٠٣، وراجع أيضاً في هذا المعنى، د. أيمن سعد، المرجع السابق، ص ٦٣، ٦٥.

(٢) مصطفى محمد الجمال، نظام الملكية، الطبعة الثامنة، سنة ٢٠٠٠، ص ١١٠.

لا يترتب على قيام أحدهم بها منع الباقين عنها مثل ذلك المرور في الأرض واستخراج الماء من البئر أو المسقاة، والصيد في الغابة أو الترعة وللشريك أن يتنازل عن حقه هذا للغير، إن لم يكن ذلك يتعارض مع إعداد العين الشائعة ويشرط أن يمتنع هو بعد ذلك عن استعمال ذلك الحق إذ أن في مضاعفة الاستعمال أضراراً بحقوق سائر الشركاء لا يجوز[1].

وقد قضت محكمة النقض بأن الشريك على الشيوع طبقاً للمادة ٨٢٦ من القانون المدني المصري أن يتصرف في حصته وأن يستولي على ثمارها وأن يستعملها، إلا أنه لما كان ذلك مشروطاً بألا يلحق ضرر بحقوق سائر الشركاء، وكان الحكم المطعون فيه قد خلص إلى أن مورث الطرفين كان يتخذ من عين النزاع مركزاً لإدارة أعماله وأمواله، وأنها ظلت في حيازته حتى وفاته، وأن حيازتها انتقلت بوفاته إلى جميع الورثة، وأن أموال الشركة إذ وضعت تحت الحراسة القضائية فقد تعين الإبقاء على عين النزاع مقراً لإدارتها، ورتب على ذلك أن في اتخاذ الطاعن منها مقراً لأعماله إضراراً بحقوق باقي الورثة، فإنه يكون صحيحاً فيما قضى به من طرد الطاعن من عين النزاع[2].

(١) د. إسماعيل غانم، المرجع السابق، ص ١١٩، ١٢٠. وراجع أيضاً في هذا المعنى، د. أيمن سعد، المرجع السابق، ص ٦٥- ٦٧.

(٢) (نقض مدني ٢٢٩، لسنة ٤٨ق، في ٧ فبراير سنة ١٩٧٩، السنة ٣٠، ص ٤٩٦)، مجموعة أحكام النقض، المكتب الفني.

وطبقاً لنص المادة (٨١٩) مدني كويتي:

"فبالنسبة للاستعمال والاستغلال للشريك الحق في استعمال الشيء الشائع واستغلاله بقدر حصته وبمراعاة حقوق شركائه وبهذا يقرر النص مبدأ الحق في الاستعمال والاستغلال بقيدين الأول يتعلق بمدى الحق فنص على أن يكون الاستعمال والاستغلال بقدر الحصة، والثاني يتعلق بكيفية مباشرة الحق وهو القيد الذي تدل عليه عبارة "وبمراعاة حقوق شركائه""[1].

القيد الثالث: ضرورة مراعاة آثار الأعمال القانونية السابقة على الاستعمال:

بمقتضى هذا القيد يجب على كل مالك مشتاع عند استعماله للمال الشائع أن يتفق استعماله مع الأعمال القانونية الصحيحة التي تمت أثناء الشيوع حتى لو كان استعماله يتفق مع الغرض الذي أعد من أجله ومثال ذلك أن يؤجر جميع الشركاء بحيرة مشتركة بينهم معدة للصيد للغير لمدة معينة، عندئذ، لا يستطيع أحد من هؤلاء الشركاء الصيد من هذه البحيرة طوال فترة الإيجار، لأن هذا الصيد وإن كان يتفق مع الغرض الذي أعدت من أجله البحيرة وهو الصيد، إلا أنه يتعارض مع الآثار المترتبة على عقد الإيجار الصحيح: الذي تم من جميع الشركاء، والذي بمقتضاه ينتقل حق الانتفاع بالبحيرة المشتركة إلى المستأجرة، طوال فترة الإيجار[2].

---

(١) المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الكويتي، المرجع السابق، ص ٥٩٥.

(٢) د. أيمن سعد، المرجع السابق، ص ٦٧، ٦٨.

وإذا كان هذا القيد لم يرد النص عليه صراحة في القانون المدني المصري، إلا أن البعض يرى أنه قيد منطقي، وينبغي تطبيقه في القانون المصري لأنه مفهوم ضمناً من القواعد العامة، التي توجب الالتزام بما سبق أن وافق عليه الشخص أو سلفه من التصرفات، وكذلك احترام الأحكام القضائية التي صدرت على وجه صحيح وكانت متعلقة بالمال الشائع[1].

ونرى مع ما ذهب إليه صاحب هذا الرأي من ضرورة النص على هذا القيد في القانون المصري لما له من أهمية في حسم المنازعات التي تنشأ بين الشركاء عند استعمال أحدهم المال الشائع بصورة لا تتفق مع الآثار المترتبة على الأعمال القانونية الصحيحة التي تمت أثناء الشيوع وقبله[2].

وحيث أن نص م ٨١٩ مدني كويتي يتفق مع نص م ٨٢٦ مدني مصري بأن هذا القيد ليس له أي وجود في النص الكويتي ومن ثم نحيل إلى ما سبق ذكره في هذا الصدد.

وفي الفقه الإسلامي:

إذا كان للمالك بمقتضى ما له من حق الملك أن يستعمل ما يملك وأن يستغله ويتصرف فيه، فإن سلطة الشريك صاحب الحصة الشائعة في العين

---

(١) د. أيمن سعد، المرجع السابق، ص ٦٨، هامش (٣)، د. محمود عبد الرحمن، استعمال وإدارة المال الشائع، دراسة مقارنة في القانون الوضعي المصري والفرنسي والفقه الإسلامي، دار النهضة العربية، ١٩٩٣، بند ٢٨، ص ٢٢.

(٢) د. أيمن سعد، المرجع السابق، ص ٦٨، ٦٩.

المشتركة تكون مقيدة بحقوق الشركاء الآخرين، بحيث لا ينالهم من مباشرته لحقوقه فيها ضرر غير معتاد، في سبيل مباشرتهم لحقوقهم في حصصهم كذلك، وذلك أصل عام اتفقت عليه كلمة الفقهاء الشرعيين جميعاً وبه أخذت القوانين الوضعية في البلاد العربية[1].

(١) أ. علي الخفيف، الملكية في الشريعة الإسلامية مع المقارنة بالشرائع الوضعية، ج١، دار الفكر العربي، ص١٧٠، ١٧١.

المبحث الثالث
التنظيم الاتفاقي للاستعمال

قسمة الملك وقسمة الانتفاع:

قسمة المال الشائع من حيث الغرض منها وأثرها على حالة الشيوع نوعان – إما قسمة ملكية، بمقتضاها يختص كل شريك بجزء مفرز من المال الشائع يتناسب مع حصته الشائعة في هذا المال، تنتهي بها حالة الشيوع وهذا النوع من القسمة يكون هو المقصود من لفظ قسمة إذا أطلقت من غير تحديد، وإما قسمة الانتفاع، يقال لها قسمة المهايأة، وهي عملية مؤقتة، تجرى أثناء الشيوع، لتنظيم الانتفاع بالمال الشائع تخلصاً من الصعوبات التي تعترض إدارته[1].

يجوز للشركاء تخلصاً من الصعوبات التي تعترض إدارة المال الشائع أن يقتسموه فيما بينهم قسمة مهايأة وهي ترد على منفعة العين، لا على العين ذاتها، ومؤقتة لا نهائية فيستأثر كل منهم بجزء معين منها يعادل حصته فيها ويتسنى له من ثم أن يحوز مالاً مفرزاً ينفرد بإدارته فيستعمله أو يستغله بنفسه أو يؤجره لغيره[2].

---

(١) د. محمد شكري سرور، المرجع السابق، ص ٢٠٧، هامش (١) لذلك لم يكن من الدقة أن يعرض المشرع المصري لهذا النوع من القسمة، جنباً إلى جنب مع قسمة الملك تحت عنوان "انقضاء الشيوع بالقسمة". أما المشرع الكويتي فقد أفرد لقسمة المهايأة عنواناً مستقلاً، بعد إذ عرض لقسمة الملك وحدها تحت عنوان انقضاء الشيوع بالقسمة.

(٢) د. محمد جمال الدين زكي، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية، سنة ١٩٧٨، ص ١٢١.

تكييف قسمة المهايأة:

يبدو أن التكييف الأقرب للقبول هو الإيجار إذ يعد الشريك المنتفع بجزء من المال الشائع في حالة المهايأة المكانية أو بالمال كله في الزمانية مستأجراً والشركاء الباقون مؤجرون، ويتم تحديد الأجرة في هذه الحالة بطريقة عينية وليست نقدية، وهي عبارة عن تنازل الشريك مقابل انتفاع الآخرين بالمال الشائع، بمعنى أن كل شريك يدفع أجرة متمثلة في قيمة الانتفاع الذي يحصل عليه الشريك الآخر[1].

وقبل التعرض لقسمة المهايأة يكون من المفيد تعريف المهايأة ودليل مشروعيتها.

تعريف المهايأة في اللغة:

قسمة المهايأة لغة مشتقة من الهيئة وهي الحالة الظاهرة وتهيأ القوم تهيؤوا: جعلوا لكل واحد هيئة معلومة[2].

تعريف قسمة المهايأة اصطلاحاً:

أولا: في الفقه المدني:

القسمة هنا سواء كانت قسمة مهايأة زمانية أو مكانية إنما هي ضرب من تنظيم استعمال الشيء الشائع واستغلاله تنظيماً عملياً يمكن كل من الشركاء المشتاعين من التمتع بهذا الاستعمال والاستغلال بما يوازي حصته الشائعة

---

(١) د. محمد عبد الظاهر حسين، حق الملكية – الأحكام العامة – أسباب كسب الملكية، سنة ٢٠٠٦، ص ١٠٣.

(٢) المصباح المنير في غريب الشرح الكبير للعلامة أحمد بن علي المقري الفيومي، ط دار العلم بيروت، مادة "هيأ"، ص ٨٨٨. وراجع في هذا المعنى. د. وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، الجزء الخامس تتمة العقود، الملكية وتوابعها، دار الفكر، ص ٦٩٤.

فليست هي إذن بالقسمة النهائية أي قسمة العين المشاعة بما يقضي على الشيوع ويعـين لكـل شريك حصة مفرزة يستأثر بملكيتها وإنما هي مجرد قسمة وقتية قاصرة على منافع هذه العين وحدها مع إبقاء حالة الشيوع في الملكية قائمة[1].

وقد عرفت المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الكويتي قسمة المهايأة.

هـي التـي لا تنه حالة الشيوع وإنما تنظم بطريقة خاصة كيفية انتفاع الشركاء بالمال الشائع والمهايأة إما مكانية أو زمانية[2].

ثانيا: في الفقه الإسلامي:

المهايأة هي عبارة عن قسمة منافع المال المشترك على وجه يضمن لكل شـريك وصول حقه إليه في منافعه، وإنما تكون في المنافع لا في الأعيان فلا يجوز في ثمار الأشجار ولا في ولد الحيوان ولا في لبنه ولا في صوفه بل سبيل ذلـك القـسمة العينية. وعلى ذلك لا تجوز المهايأة في بستان مشترك بين اثنين مـثلاً على أن يعطي لأحدهما عدة معينة من الزمن يكون له فيها ثمار أشجاره ويعطـي للآخر مدة أخرى يكون له فيها ثماره؛ ولا أن يعطي أحدهما جانباً منه ليكون له ثماره ويعطي الآخر الجانب الآخر لذلك؛ لما في ذلك من الضرر، فقد لا يحصل أحدهما في مدته أو من جانبه الذي أعطي له على شيء من الثمار[3].

---

(١) د. حسن كيـره، أصـول القانـون المدني، ج١: الحقوق العينية الأصلية – أحكام حق الملكية، ط ١٩٦٥: ص ٣٤٦.

(٢) المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الكويتي، المرجع السابق، ص ٦٢٨.

(٣) الـشيخ علي الخفيف، الملكية في الشريعة الإسلامية مع المقارنة بالشرائع الوضعية، دار الفكر العربي، ١٩٩٦، ص ٢٦٢. وفي ذات المعنى. د. وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص ٦٩٤، ٦٩٥، ٦٩٦.

دليل شرعية قسمة المهايأة:

الأصل في ذلك الكتاب والسنة والإجماع والاعتبار الصحيح[1].

أولا: في القرآن الكريم:

قال الله تعالى: "**وَنَبِّئْهُمْ أَنَّ الْمَاءَ قِسْمَةٌ بَيْنَهُمْ كُلُّ شِرْبٍ مُحْتَضَرٌ**"[2].

أي وأعلمهم أن الماء الذي يمر بواديهم مقسوم بين ثمود وبين الناقة كقوله تعالى "**لَهَا شِرْبٌ وَلَكُمْ شِرْبُ يَوْمٍ مَعْلُومٍ**"، قال ابن عباس: إذا كان يوم شربهم لا تشرب الناقة شيئاً من الماء وتسقيهم لبناً وكانوا في نعيم، وإذا كان يوم الناقة شربت الماء كله فلم تبق لهم شيئاً: "**كُلُّ شِرْبٍ مُحْتَضَرٌ**" أي كل نصيب وحصة من الماء يحضرها من كانت نوبته، فإذا كان يوم الناقة حضرت شربها وإذا كان يومهم حضروا شربهم[3].

هذه الآية بهذا التفسير يتضح أنها تدل على قسمة المهايأة وجواز المهايأة على الماء، أي أنها تدل على مشروعية المهايأة من القرآن الكريم.

---

(١) صالح بن محمد بن سليمان السلطان سنة ٢٠٠٢م، أحكام المشاع في الفقه الإسلامي، ج٣، المملكة العربية السعودية، وزارة التعليم العالي، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، ص ١٢٠١.

(٢) الآية ٢٨ من سورة القمر.

(٣) صفوة التفاسير بقلم الشيخ محمد علي الصابوني، المكتبة العصرية، صيدا، بيروت، المجلد الأول، ١٤٢٣هـ، ٢٠٠٢م، ص ١٤٢٦.

ثانياً: في السنة النبوية: فوقائع منها:

أنـــه صـــلى الله علـــيه وسلم قسم في غزوة بدر كل بعير من الأبعرة السبعين بين ثلاثة نفر، وكانوا يتعاقبون على ركوبه[1].

وهذه الواقعة تدل دلالة قاطعة على مشروعية قسمة المهايأة في المال الشائع وهي تخص قسمة المهايأة الزمانية.

ثالثاً: الإجماع:

وعلـــى جوازها أجمعت الأمة[2]، حيث أجمعت الأمة على جواز قسمة المهايأة وذلك تحقيقا لمصلحة المشتاعين.

رابعاً: الاعتبار الصحيح:

فـــلأن المهايأة يصار إليها لتكميل استيفاء المنفعة لتعذر الاجتماع على عين واحدة في الانتفاع بها فكانت المهايأة جمعاً للمنافع في زمان واحد كالقسمة جمـــع النصيب الشائع في مكان معين فجرت المهايأة في المنافع مجرى القسمة فـــي الأعيان ولو لم تجز المهايأة لأدى إلى تعطيل الأعيان التي لا يمكن قسمتها وأنـــه قبـــيح لأن الأعيان خلقت للانتفاع بها وهو ينافيه فتجوز ضرورة كقسمة الأعيان[3].

---

(١) د. وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص ٦٩٥، هامش (٣) سيرة ابن هشام، ١/٦١٣.

(٢) د. صـــالح بـــن محمد بن سليمان السلطان، سنة ٢٠٠٢م، المرجع السابق، ص ١٢٠٢، هامش (٥)، انظر تبيين الحقائق، ج٥، ص ٢٧٥، للإمام الزيلعي، تكملة البحر الرائق، ج ٨، ص ١٧٥.

(٣) د. صالح بن محمد بن سليمان السلطان، المرجع السابق، ص ١٢٠٢.

وعمـوماً فقـسمة المهايأة هي قسمة إنتفاع لا قسمة ملكية، فهي اتفاق مؤقت يراد به تنظيم الانتفاع بالمال الشائع – ومن ثم فلا ينتهي بها الشيوع وقد نظم المشرع المصري هذا النوع من القسمة في المواد من ٨٤٦ إلى ٨٤٩ مدني ويتضح منها أن المهايأة نوعان مهايأة مكانية ومهايأة زمانية[1].

كمـا أن المـشرع الكويتي قد نظم هذا النوع من القسمة في المواد من ٨٤٣ إلـى ٨٤٦ مدنـي كويتي ويتضح منها أن قسمة المهايأة، نوعان مكانية وزمانية.

أولا: المشرع المصري:

وقد نص المشرع المصري في ٨٤٦ مدني مصري على أنه:

"١ - في قسمة المهايأة يتفق الشركاء على أن يختص كل منهم بمنفعة جزء مفرز يوازي حصته في المال الشائع، متنازلاً لشركائه في مقابل ذلك عن الانتفاع بباقي الأجزاء ولا يصح هذا الاتفاق لمدة تزيد على خمس سنين. فإذا لم يشترط لها مدة، أو انتهت المدة المتفق عليها ولم يحصل اتفاق جديد، كانت مدتـه سـنة واحدة، تتجدد إذا لم يعلن الشريك إلى شركائه قبل انتهاء السنة الجارية بثلاثة أشهر أنه لا يرغب في التجديد.

٢ - وإذا دامت هذه القسمة خمسة عشر سنة، انقلبت القسمة نهائية، ما لم يتفق الشركاء على غير ذلك وإذا حاز الشريك على الشيوع جزء مفرزاً من المال الشائع لمدة خمسة عشر سنة، افترض أن حيازته لهذا الجزء تستند إلى قسمة مهايأة".

---

(١) د. نبيلة رسلان، المرجع السابق، ص ٤٣٦.

وتنص المادة (٨٤٧) مدني مصري على أنه:

"تكون قسمة المهايأة أيضاً بأن يتفق الشركاء على أن يتناوبوا الانتفاع بجميع المال المشترك، كل منهم لمدة تتناسب مع حصته".

وتنص المادة (٨٤٨) مدني مصري على أنه:

"تخضع قسمة المهايأة، من حيث جواز الاحتجاج بها على الغير ومن حيث أهلية المتقاسمين وحقوقهم والتزاماتهم وطرق الإثبات، لأحكام عقد الإيجار ما دامت هذه الأحكام لا تتعارض مع طبيعة هذه القسمة".

وتنص المادة (٨٤٩) مدني مصري على أنه:

"١- للشركاء أن يتفقوا، أثناء إجراءات القسمة النهائية على أن يقسم المال الشائع مهايأة بينهم، وتظل هذه القسمة نافذة حتى تتم القسمة النهائية".

٢- فإذا تعذر اتفاق الشركاء على قسمة المهايأة، جاز للقاضي الجزئي إذ طلب منه ذلك أحد الشركاء أن يأمر بها، بعد الاستعانة بخبير إذا اقتضى الأمر ذلك .

ثانيا: المشرع الكويتي:

تنص المادة (٨٤٣) مدني كويتي على أنه:

"١- للشركاء جميعاً أن يتفقوا على قسمة منافع المال الشائع مهايأة بأن ينتفع كل منهم بجزء مفرز مدة معينة لا يصح أن تزيد على خمس سنين، وتنتهي القسمة بانقضاء المدة المتفق عليها دون حاجة إلى تنبيه.

٢- فإذا لم يتفق على مدة اعتبرت القسمة لمدة سنة تمتد سنة فسنة، وتنتهي إذا نبه أحد الشركاء شركاءه برغبته في ذلك قبل انقضاء السنة الجارية بستين يوماً.

٣- وإذا انتهت القسمة وبقي الشركاء كل منهم منتفعاً بالجزء الذي اختص به دون اعتراض من أحدهم تجددت المدة سنة تمتد على النحو السابق".

وتنص المادة (٨٤٤) مدني كويتي على أنه:

"للشركاء جميعاً أن يتفقوا على قسمة منافع المال الشائع مهايأة، بأن يتناوبوا الانتفاع به كل منهم لمدة تتناسب مع حصته".

وتنص المادة (٨٤٥) مدني كويتي على أنه:

"للشركاء أثناء القسمة النهائية أن يتفقوا على قسمة المال الشائع مهايأة بينهم حتى تتم القسمة النهائية، فإذا تعذر اتفاقهم على قسمة المهايأة جاز للمحكمة بناء على طلب أحد الشركاء أن تأمر بها".

وتنص المادة (٨٤٦) مدني كويتي على أنه:

"تخضع قسمة المهايأة من حيث أهلية المتقاسمين وحقوقهم والتزاماتهم، ومن حيث الاحتجاج بها على الغير لأحكام عقد الإيجار ما لم تتعارض هذه الأحكام مع طبيعة القسمة".

وقد عرض نص المادة (٨٤٣) للمهايأة المكانية وفيها يتفق الشركاء علي تقسيم المال الشائع أجزاء لينتفع كل شريك منهم بجزء في مقابل انتفاع غيره بالأجزاء الأخرى، والمهايأة في الانتفاع على هذا الوجه وسيلة مقبولة يتفادى بها الشركاء مشاكل إدارة المال الشائع. وما بقي الشيوع قائماً فلا بأس من أن تستمر المهايأة في الانتفاع لأية مدة. ولكن نظراً إلى أنه لا يجوز الاتفاق على الالتزام بالبقاء في الشيوع أي عدم طلب القسمة مدة تزيد على خمس سنين، نص

المشرع على أن الاتفاق على المهايأة لا يصح فيما زاد من مدته على خمس سنين، وذلك حتى لا يحمل الاتفاق على المهايأة لمدة تزيد على خمس سنين محمل الاتفاق على الالتزام بالبقاء في الشيوع لهذه المدة[1].

والاتفاق على المهايأة يكون صحيحاً ولو لم يتفق فيه على مدة[2]. فإذا اتفق على مدة معينة، في حدود خمس سنين، انتهت القسمة بانقضاء المدة المتفق عليها دون حاجة إلى أن ينبه أحد الشركاء على الآخرين، قبل انقضاء هذه المدة، برغبته في الإنهاء، أما إذا لم يتفق على المدة، فتكون المدة بحكم القانون هي سنة، وتمتد هذه المدة سنة فسنة إلى أن ينبه أحد الشركاء على الآخرين قبل انقضاء السنة الجارية بستين يوماً برغبته في إنهاء القسمة، فإذا حصل التنبيه انتهت القسمة بنهاية السنة[3].

---

(١) المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الكويتي، المرجع السابق، ص ٦٢٨.

(٢) مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة التمييز عن المدة من ١٩٩٧/١/١ حتى ٢٠٠١/١٢/٣١ في المواد التجارية والمدنية والأحوال الشخصية والعمالية، القسم الرابع، المجلد الخامس، ص ١٤٨: ١٤٩.

وإن كانت وصاية الهيئة العامة لشئون القصر تنتهي طبقاً للمادة ٢١ من قانون إنشائها رقم ٦٧ لسنة ١٩٨٣ ببلوغ القاصر المشمول بوصايتها إحدى وعشرين سنة ميلادية كاملة باعتباره سن الرشد قانوناً، إلا أن النص في المادة التاسعة عشر منه على أن "مع عدم الإخلال بحكم المادة (٨٢١) من القانون المدني تتولى الهيئة العامة لشئون القصر إدارة الأموال المشتركة بناء على موافقة الشركاء على الشيوع من غير المشمولة برعايتها يدل على أن لهيئة شئون القصر الحق في أن تتولى إدارة الأموال المشتركة في حالة موافقة الشركاء على الشيوع أو دون اعتراض منهم متى كان للقاصر نصيب فيها، ومن خلال نيابتها القانونية عن الأخير. (الطعن ٩٩/١٦٥ مدني، جلسة ٢٠٠٠/٦/١٩).

(٣) المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الكويتي، المرجع السابق، ص ٦٢٨.

وإذا انتهت القسمة إما بانتهاء المدة المتفق عليها، أو نهاية السنة على الوجه السابق، فقد يحدث مع ذلك أن يظل الشركاء على ما هم عليه كل منهم ينتفع بالجزء الذي اختص به دون أن يعترض أحدهم على ذلك خلال مدة معقولة، فتكون القسمة قد تجددت تجديداً ضمنياً، والتجديد الضمني عقد جديد ينعقد بشروط العقد الذي انتهى، فيما عدا أن يكون غير محدد المدة فيسري عليه حكم العقد الذي لم يتفق فيه على مدة أي تكون مدته سنة تمتد سنة فسنة إلى أن ينبه أحد الشركاء على الآخرين قبل انقضاء السنة الجارية بستين يوماً برغبته في إنهاء القسمة[1].

هذا ولم يأخذ المشرع الكويتي بحكمين وردا في كل من القانون المصري (م ٢/٨٤٦) والقوانين التي حذت حذوه (السوري، الصومالي، الجزائري)، محتذياً في ذلك حدو القانون العراقي والقانون الليبي والقانون السوداني والقانون التونسي والقانون الأردني، والحكم الأول الذي لم يأخذ به المشرع هو أن المهايأة المكانية إذا دامت خمسة عشر سنة انقلبت قسمة نهائية ما لم يتفق الشركاء على غير ذلك وهو حكم يقال في تبريره أن دوام المهايأة خمسة عشر سنة أكبر دليل على أن هذه المهايأة هي خير قسمة للمال الشائع، وهو قول محل نظر فقد توجد اعتبارات تجعل الشركاء يقبلون القسمة باعتبارها مهايأة في الانتفاع دون أن يرتضوها قسمة نهائية لاختلاف غاية كل من نوعي القسمة، كما لو كان المقسوم مهايأة أرضاً زراعية تستوي أجزاءها في الجودة من حيث الاستغلال الزراعي، ولكن بعض الأجزاء التي يزرعها أحدهم قد

---

(١) المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الكويتي، المرجع السابق، ص ٦٢٨، ٦٢٩.

أصبحت قريبة من منطقة المباني فارتفع سعرها. والحكم الثاني الذي لم يأخذ به المشرع هو أنه إذا حاز الشريك على الشيوع جزء مفرز من المال الشائع مدة خمسة عشر سنة افترض أن حيازته لهذا الجزء تستند إلى قسمة مهايأة، وهذا في الواقع حكم غير مقبول، خاصة إذا لوحظ أن بعض الشراح، عند تفسير النص، قد قالوا أن الافتراض لا يقبل إثبات العكس، وحتى إذا كان يقبل إثبات العكس كما يقول البعض الآخر، فالقرائن تبني على الغالب وليس الغالب أن تكون حيازة الشريك لجزء مفرز مستندة إلى قسمة المهايأة[1].

وأرى عدم الأخذ بما ورد في القانون المدني الكويتي وجعل المهايأة المكانية التي استمرت خمسة عشر سنة قسمة نهائية وإذا لم يكونوا راغبين في ذلك فما عليهم سوى الاتفاق على ذلك مقدماً.

والنوع الثاني من قسمة المهايأة هي المهايأة الزمانية، وقد عرض لها المشرع بنص المادة (٨٤٤)، وهي كالمهايأة المكانية، لا تتم إلا باتفاق الشركاء جميعاً. وفيها يتفق الشركاء على أن ينتفع كل منهم بالمال الشائع كله لمدة معينة، ثم يبدأ شريكه في الانتفاع به وهكذا بحيث تكون مدة انتفاع كل منهم تتناسب مع حصته في الشيوع. وفي هذه القسمة لابد من الاتفاق على المدة، فإذا لم يتفق عليها كان العقد باطلاً[2].

وبعد أن عرض المشرع لنوعي المهايأة، المكانية والزمانية، عرض بنص المادة (٨٤٥) لقسمة مهايأة تتم أثناء إجراءات القسمة النهائية، وتتميز

---

(١) المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الكويتي، المرجع السابق، ص ٦٢٩.

(٢) المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الكويتي، المرجع السابق، ص ٦٣٠.

بأمـرين: الأول أنهـا لا تخضـع للقواعد الخاصة بالمدة وإنما تستمر حتى تتم القـسمة النهائـية؛ والأمـر الثانـي أن هذه القسمة يمكن – إذا لم يتفق عليها الـشركاء- أن تتم بأمر المحكمة بناء على طلب أحد الشركاء وذلك على خلاف الأصل وهو أن المهايأة لا تكون إلا باتفاق الشركاء جميعاً عليها[1].

وأخيراً يعرض نص المادة (٨٤٦) للقواعد التي تحكم قسمة المهايأة، في غيـر مـا ورد نـص فـي المواد ٨٤٣، ٨٤٤، ٨٤٥. ونظراً إلى أن كل من المتقاسـمين يلتـزم بمقتضى الاتفاق بتمكين غيره من الانتفاع إما بالجزء الذي يخصه إن كانت القسمة مكانية وإما بكل المال الشائع إن كانت زمانية، وذلك في مقابـل أن يمكن غيره من الانتفاع بالجزء الخاص به، فهي تشبه الإيجار بحيث يعتبـر كـل متقاسم في مركز يشبه مركز المؤجر والمستأجر في الوقت نفسه. ولهـذا نـص المشـرع، شأنه في ذلك شأن القوانين العربية الأخرى، على أن تخـضع المهايـأة لأحكام عقد الإيجار. وكل هذه القوانين وكذا المشرع، أحالت على أحكام الإيجار فيما يتعلق بالأهلية وحقوق والتزامات المتعاقدين، وقد رأى المـشرع الإحالـة فيما يتعلق بالاحتجاج على الغير حماية لمن يشتري من أحد الـشركاء حـصته الـشائعة مـثله في هذا مثل من يشتري الشيء المؤجر من المؤجر. أما بالنسبة للإثبات فقد آثر المشرع أن يبقى خاضعاً للقواعد العامة[2].

وبعد أن استعرضنا النصوص المصرية والنصوص الكويتية التي تنظم قسمة المهايأة، نجد أنها تنقسم إلى نوعين مهايأة مكانية وأخرى زمانية.

---

(١) المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الكويتي، المرجع السابق، ص ٦٣٠.

(٢) المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الكويتي، المرجع السابق، ص ٦٣٠.

وقسمة المهايأة بنوعيها يجب أن تتم باتفاق الشركاء جميعاً فلا تكفي فيها الأغلبية أياً كانت، وفي حالة خاصة تكون قسمة المهايأة بحكم القاضي (نص م ٨٤٩)[1].

أولاً: قسمة المهايأة المكانية:

وفيها يتفق الشركاء على تقسيم المال الشائع أجزاء، لينتفع كل شريك منهم بجزء يعادل حصته في المال الشائع، في مقابل انتفاع غيره بالأجزاء الأخرى[2].

ويحكم هذا النوع من القسمة نص المادة (٨٤٦) مدني مصري والتي تقابلها نص المادة (٨٤٣) مدني كويتي، وذلك بالتفصيل الآتي:

في التقنين المدني المصري والتقنين المدني الكويتي:

باستقراء نص المادة (٨٤٦) مدني مصري (سالفة الذكر) وكذلك نص المادة (٨٤٣) مدني كويتي (سالفة الذكر) يتضح لنا ما يلي:

أن لكل شريك أن يحوز مالاً مفرزاً لإدارته، فيستعمله أو يستغله، بنفسه أو بواسطة غيره، لا يحاسبه أحد من الشركاء في إدارته لهذا الجزء ولا على ما حصله من هذه الإدارة ولا يكون له بدوره أن يحاسب غيره من الشركاء فيما اختص به كل منهم من جزء فيختص كل شريك – على هذا النحو – من

(١) د. منصور مصطفى منصور، حق الملكية في القانون المدني المصري، سنة ١٩٦٥، الناشر مكتبة سيد عبد الله وهبة، ص ١٣٥.

(٢) د. محمد شكري سرور، المرجع السابق، ص ٣٠٨. وراجع أيضاً في هذا المعنى، د. أيمن سعد، المرجع السابق، ص ٩٤.

مشاكل إدارة المال الشائع وما يحيط بهذه الإدارة من صعوبات[1]. حيث كثيراً ما يتفق الشركاء في الشيوع تخلصاً من مشاكل إدارة المال الشائع وما يحيط بهذه الإدارة من صعوبات، على قسمة المهايأة لمدة معينة، فيقتسمون المال بينهم قسمة منفعة لا قسمة ملك، ويختص كل منهم بجزء مفرز من المال يعادل حصته في المال الشائع، وبذلك يتهيأ لكل منهم أن يحوز مالاً مفرزاً يستقل بإدارته واستغلاله والانتفاع به، فله أن يسكن الدار أو أن يؤجرها وأن يزرع الأرض على ذمته أو أن يؤجرها بالنقد أو بطريق المزارعة. وبوجه عام له أن يستعمل ما اختص به مفرزاً من المال الشائع وأن ينتفع به بنفسه أو بواسطة غيره. ولا يحاسبه أحد من الشركاء على إدارته لنصيبه ولا على الغلة والثمار التي حصل عليها في مقابل أنه هو أيضاً لا يحاسب أحداً من الشركاء على ما اختص به الشريك وهذه هي المهايأة المكانية. ولا يجوز الاتفاق على هذه المهايأة لمدة تزيد على خمس سنوات، فإن زادت المدة المتفق عليها على ذلك انقضت إلى خمس سنوات. وذلك أن المهايأة المكانية إن كانت تفرز المال من حيث المنفعة تبقيه شائعاً من حيث الملكية، فيبقى الشيوع قائماً مادامت المهايأة المكانية، ولا يجبر شريك على البقاء في الشيوع في الملكية بموجب الاتفاق لمدة أطول من خمس سنين[2]. ومن ثم لم يجز الاتفاق على المهايأة المكانية لمدة تزيد على خمس سنوات حتى لا يجبر الشريك على البقاء في الشيوع عن طريق المهايأة المكانية مدة أطول من ذلك. فإذا انقضت المدة المتفق عليها، جاز تجديدها مدة ثانية

---

(1) في هذا المعنى، د. السنهوري، المرجع السابق، ص ١٠٧٨. وراجع ما ذكره د. محمد شكري سرور، المرجع السابق، ص ٣٠٨.

(2) د. السنهوري، المرجع السابق، ص ١٠٧٨، هامش (١) انظر ما يلي فقرة ٥٣٧.

وثالثة وهكذا بشرط ألا تزيد كل مدة على خمس سنوات. أما إذا لم يحصل اتفاق علـــى المدة أو انقضت المدة المتفق عليها ولم يحصل الاتفاق على تجديدها مرة أخـــرى مع استبقاء المهايأة، فإن المدة تكون سنة واحدة في الحالتين، تتجدد سنة ثانـــية فثالـــثة وهكذا إلا إذا أعلن أحد الشركاء الآخرين أنه لا يرغب في تجديد المهايأة ويجب أن يكون هذا الإعلان قبل انتهاء السنة الجارية بثلاثة أشهر على الأقل[1].

هـــذا بخلاف التقنين الكويتي حيث نص على أن يكون هذا الإعلان قبل انـــتهاء الـــسنة الجارية بستين يوماً. ونص المادة (٨٤٣) مدني كويتي يتفق مع الفقـــرة الأولى من المادة (٨٤٦) من التقنين المصري باستثناء المدة التي يخطر فـــيها الـــشريك باقـــي شركاءه بعدم رغبته في تجديد قسمة المهايأة فقد جعلها المشرع الكويتي ستين يوماً بدلاً من ثلاثة أشهر ولم يأخذ التقنين الكويتي بالفقرة الثانـــية مـــن النص المصري التي تقضي بأنه إذا استمرت قسمة المهايأة خمس عشرة سنة فإنها تنقلب إلى قسمة نهائية[2].

لـــذلك فإنـــنا نوصي أن يعدل النص الكويتي بحيث يشمل على ما جاء بالنص المصري.

وينطبق ذلك الحكم أيضاً متى حاز الشريك جزءاً مفرزاً من المال الشائع يعـــادل حـــصته الشائعة مدة خمسة عشر سنة وكان هناك أو افتراض أن هناك

---

(١) د. السنهوري، المرجع السابق، ص ١٠٧٨، هامش (١) انظر في هذا المعنى: إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ٧١، ص ١٥٥، هامش (٣).

(٢) د. السنهوري، المرجع السابق، ص ١٠٧٧.

قسمة مهايأة سابقة قامت الحيازة على أساسها. فإن قسمة المهايأة تنقلب هنا أيضاً إلى قسمة نهائية ما لم يتفق مقدماً على غير ذلك. وعلى ذلك إذا دامت قسمة المهايأة المكانية خمس عشرة سنة دون أن يرغب أحد الشركاء في إنهائها، ولم يتفق على أن تظل هذه القسمة مكانية دون أن تنقلب إلى قسمة نهائية، فإنه بتمام مدة الخمس عشر سنة تنقلب قسمة المهايأة المكانية إلى قسمة نهائية بحكم القانون. هذه القسمة النهائية لابد من تسجيلها ويعتبر تاريخها هو وقت انتهاء مدة الخمسة عشر سنة لا من وقت ابتداء قسمة المهايأة وعلى ذلك تنقلب القسمة الأخيرة إلى قسمة نهائية دون أثر رجعي. وعلى ذلك إذا كتبت قسمة المهايأة في محرر، جاز تسجيله، وإذا لم تكتب جاز لأي شريك أن يرفع النزاع إلى المحكمة فتقضي الأخيرة بثبوت القسمة النهائية، وحيث يكون تاريخها هو اليوم الثاني لانقضاء الخمس عشرة سنة المشار إليها[1].

أحكام المدة في قسمة المهايأة المكانية:

وسوف نتناول شرح أحكام المدة في قسمة المهايأة المكانية في كل من القانون المدني المصري والقانون المدني الكويتي وذلك على النحو الآتي:

في القانون المدني المصري والقانون المدني الكويتي:

طبقا لنص المادة (١/٨٤٦) من القانون المدني المصري (سالفة الذكر) والمادة (١/٨٤٣، ٢) مدني كويتي نجد أن النص الكويتي يتفق مع الفقرة الأولى

---

(١) د. السنهوري، المرجع السابق، ص ١٠٨٢، ١٠٨٣. وراجع أيضاً في هذا المعنى، د. رمضان أبو السعود، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية أحكامها ومصادرها، ٢٠٠٤، ص ٦٦.

مــن المــادة (٨٤٦) من التقنين المدني المصري باستثناء المدة التي يخطر فيها الــشريك باقي شركائه بعدم رغبته في تجديد قسمة المهايأة فقد جعلها المشروع الكويتي ستين يوماً بدلاً من ثلاثة أشهر[1].

فوفقاً لهذا النص يكون انتفاع المالك على الشيوع بالمال الشائع بمقتضى الاتفاق على قسمته مهايأة مكانية مؤقتاً أي محدداً بمدة معينة وقد يحدد هذه المدة الاتفـــاق المبـــرم بـــين الشركاء على قسمة المهايأة المكانية، إلا أن خلو اتفاق الشركاء على المهايأة المكانية من تحديد مدتها لا يبطلها. فالاتفاق يظل صحيحاً ولـــو لم يتفق فيه على مدة للمهايأة، على أساس أن القانون في هذه الحالة يكمل إرادة الشركاء ويضع للمهايأة مدة معينة[2].

ولا يجـــوز الاتفاق على هذه المهايأة لمدة تزيد على خمس سنوات فإذا زادت المدة المتفق عليها على ذلك انقضت إلى خمس سنوات[3].

والهدف من نص المادة (٨٤٦) مدني مصري، (٨٤٣) مدني كويتي "أن **المهايأة المكانية وإن كانت تفرز المال من حيث المنفعة تبقيه شائعاً من حيث الملكـــية فيبقـــى الشيوع قائماً ما دامت المهايأة مكانية، ولا يجبر شريك على البقاء في الشيوع في الملكية بموجب الاتفاق لمدة أطول من خمس سنوات"**[4].

---

(١) د. السنهوري، المرجع السابق، ص ١٠٧٧، انظر هامش (٢).

(٢) د. أيمـــن ســـعد، المرجع السابق، ص ٩٦، ٩٧، هامش (١)، في هذا المعنى، د. محمد شكري سرور، الموجز في تنظيم حق الملكية، بند ٥٤٧، ص ٢٣٤.

(٣) د. السنهوري، المرجع السابق، ص ١٠٧٨، وما بعدها، انظر هامش (١).

(٤) د. السنهوري، المرجع السابق، ص ١٠٧٨.

ومــن ثـم لم يجيز الاتفاق على المهايأة المكانية لمدة تزيد على خمس سنوات حتى لا يجبر الشريك على البقاء في الشيوع عن طريق المهايأة المكانية مدة أطول من ذلك فإذا انقضت المدة المتفق عليها، جاز تجديدها مدة ثانية وثالثة وهكذا بشرط ألا تزيد كل مدة على خمس سنوات. أما إذا لم يحصل اتفاق على المــدة، أو انقــضت المــدة المتفق عليها ولم يحصل الاتفاق على تجديدها لمدة أخــرى مع استبقاء المهايأة فإن المدة تكون سنة واحدة في الحالتين، تتجدد سنة ثانــية وثالثة وهكذا إلا إذا أعلن أحد الشركاء الآخرين أنه لا يرغب في تجديد المهايأة ويجب أن يكون هذا الإعلان قبل انتهاء السنة الجارية بثلاثة أشهر على الأقل(١).

فــي سـياق البحث سوف نتعرض لما قضت به كل من محكمة النقض المــصرية ومحكمــة التمييــز الكويتية فيما يتعلق بأحكام المدة بالنسبة للمهايأة المكانية وذلك على النحو التالي:

فقـد قــضت محكمة النقض: بأن القاعدة الواردة بالمادة (١/٨٤٦) من التقنــين المدني القائم والتي تقضي بأنه إذا اتفق على قسمة المهايأة السكانية ولم تشترط لها مدة أو انتهت المدة المتفق عليها ولم يحصل اتفاق جديد، كانت مدتها سنة واحدة تتجدد إذا لم يعلن الشريك إلى شركائه قبل انتهاء السنة الجارية بثلاثة أشهر أنه لا يرغب في التجديد، هي قاعدة مستحدثة لم يكن لها نظير في التقنين

---

(١) د. الـسنهوري، المرجع السابق، ص ١٠٧٨، ٧٩٠ هامش (١)، انظر في هذا المعنى إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ٧١، ص ١٥٥، هامش (٣).

المدنـــي الملغـــي، فلا يجوز إعمالها بأثر رجعي على التصرفات السابقة على تاريخ العمل بالقانون المدني القائم[1].

كما قضت محكمة النقض: بأن يشترط وفقاً للمادة (٢/٨٤٦) من القانون المدنـــي حتـــى تـــتحول قسمة المهايأة المكانية إلى قسمة نهائية أن تدوم حيازة الـــشريك للجـــزء المفـــرز من المال الشائع مدة خمسة عشرة سنة، وألا يكون الشركاء قد اتفقوا مقدماً على خلاف ذلك[2].

لـــم يأخذ المشرع الكويتي طبقاً لنص المادة (٣/٨٤٣) بالفقرة الثانية من المـــادة (٨٤٦) مدني مصري التي تقضي بأن إذا استمرت قسمة المهايأة خمسة عشر سنة فإنها تنقلب إلى قسمة نهائية[3].

وقد قضت محكمة التمييز بأنه: على أن قسمة المهايأة المكانية كانت أو زمانية لا تنه حالة الشيوع وإنما تنظم بطريقة خاصة كيفية الانتفاع بالمال الشائع ومؤدى ذلك أن قسمة المهايأة مهما طالت مدتها لا تؤدي إلى تملك الشريك على الشيوع للجزء المفرز الذي اختص بالانتفاع به بموجبها[4].

---

(١) نقـــض مدنـــي في ١٩ مايو ١٩٧٠، بند ١٣٨، ص ٨٦٢، طعن رقم ١٢٧ لسنة ٣٦ق، ١٩٧٠، مجموعة أحكام النقض، المكتب الفني، السنة ٢١.

(٢) نقض مدني ٢٩٣ لسنة ٣٦ق، في ٢٦ يناير سنة ١٩٧١، السنة ٢٢، رقم ٢٣، ص ١٣٢ ، مجموعة أحكام النقض، المكتب الفني.

(٣) د. السنهوري، المرجع السابق، ص ١٠٧٧، انظر هامش (٢).

(٤) مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة التمييز، القسم الرابع، المجلد الخامس، ص ١٤٧، ١٤٨، (الطعن ٩٩/٤٨ مدني جلسة ١٩٩٩/١٠/٢٥).

وكمـا قضت محكمة التمييز في نص المادة (٨٤٣) من القانون المدني الكويتي سالفة الذكر.

"لا يدل وعلى ما جاء بالمذكرة الإيضاحية للقانون المدني على أن قسمة المهايـأة مكانية أو زمانية لا تنه حالة الشيوع وإنما تنظم بطريقة خاصة كيفية الانـتفاع بالمـال الشائع ويؤدي ذلك إلى أن قسمة المهايأة مهما طالت مدتها لا تـؤدي إلـى تملك الشريك على الشيوع للجزء المفرز الذي اختص بالانتفاع به بموجبها"[1].

ثالثا: في الفقه الإسلامي:

لا يـشترط فـي المهايأة المكانية ذكر المدة وتعيينها – بخلاف المهايأة الـزمانية لأن الـزمانية تحـتاج إلى بيان الوقت لتصير المنافع معلومة، وأما المكانية فلا تحتاج لبيان الوقت لأن مكان المنفعة معلوم؛ فصارت المنافع معلومة بمكانها[2].

والمهايـأة المكانية لما جاءت في الفقرة الأولى من المادة (٨٤٦) مدني مـصري والتي خالفت الفقه الإسلامي فأوجبت أن تكون المهايأة المكانية محددة المدة[3].

---

(١) مجمـوعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة التمييز عن المدة من ١٩٩٧/١/١ حتى ٢٠٠١/١٢/٣١ في المواد التجارية والمدنية والأحوال الشخصية والعمالية القسم الرابع، المجلد الرابع، ص ١٤٧، ١٤٨.

(٢) د. وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص ٧٠٣، هامش (٣)، البدائع ج٧، ص ٣٢؛ المادة ١١٧٩، المجلة.

(٣) أ. علي الخفيف، الملكية في الشريعة الإسلامية مع المقارنة بالشرائع الوضعية، دار الفكر العربي، سنة ١٩٩٦، ص ٢٦٢، وما بعدها.

كما أن نص المادة (٨٤٣/١، ٢) مدني كويتي جاء بها بيان:

"أن المهايأة المكانية محددة المدة أيضاً مخالفة بذلك الفقه الإسلامي.

وتحول قسمة المهايأة إلى قسمة نهائية يتم بقوة القانون، ولهذا لا تعد القسمة في هذه الحالة قسمة اتفاقية وإن كانت تقوم على اتفاق على قسمة مهايأة. وذلك أن القانون هو الذي يرتب هذا الأثر بجعل الاستمرار خمس عشرة سنة في قسمة المهايأة المكانية يحولها إلى قسمة نهائية ويترتب على هذا أن الآثار التي ترتبت والأحكام التي يقررها القانون بصدد القسمة الاتفاقية لا تسري في هذه الحالة فلا يجوز نقض القسمة بسبب الغبن مثلاً[١].

ثانيا: قسمة المهايأة الزمانية:

سنتولى شرح أحكام قسمة المهايأة الزمانية في كل من التقنين المدني المصري والتقنين المدني الكويتي على الوجه الآتي:

أولا: في القانون المدني المصري:

تنص المادة ٨٤٧ **مدني مصري على أنه:**

"تكون قسمة المهايأة أيضاً **بأن يتفق الشركاء على أن يتناوبوا الانتفاع بجميع المال المشترك كل منهم لمدة تتناسب مع حصته**". وهذه الصورة الثانية من صور المهايأة وتسمى المهايأة الزمانية.

---

(١) د. توفيق حسن فرج، الحقوق العينية الأصلية، سنة ١٩٨٤، مؤسسة الثقافة الجامعية بالإسكندرية، ص ٢٧٤.

ثانيا: في القانون المدني الكويتي:

وتنص المادة ٨٤٤ مدني كويتي:

"للشركاء جميعاً أن يتفقوا على قسمة منافع المال الشائع مهايأة بأن يتناوبوا الانتفاع به كل منهم لمدة تتناسب مع حصته".

وتتأتى عن طريق انتفاع كل شريك بكل المال الشائع مدة معينة من الزمان، وهي تتحدد على أساس نسبة ما يملكه الشريك في المال الشائع، فمن يمتلك الربع مثلاً ينتفع بالمال لنصف المدة التي ينتفع بها من يملك النصف، ويأتي هذا الانتفاع على سبيل التناوب[1].

تعريف ومفهوم المهايأة الزمانية:

هو "اتفاق الشركاء على أن يحوز كل منهم كل المال الشائع مدة معينة يتمتع به بحيث تتناسب هذه المدة مع ماله من حصة شائعة" ويجب ألا يؤدي هذا الاتفاق إلى إجبار الشركاء على البقاء في الشيوع مدة تزيد على خمس سنوات، كما يبين هذا الاتفاق مدة المهايأة وكيفية انقضاءها ولا تنقلب المهايأة الزمانية إلى قسمة نهائية، مهما طالت مدتها لأنها لا تهيء للقسمة النهائية[2].

وطبقاً للنصوص الواردة في التقنين المدني المصري تكون المهايأة مهايأة زمانية بأن يتفق الشركاء على أن يتناوبوا الانتفاع بجميع المال المشترك، كل منهم لمدة تتناسب مع حصته[3]. فلو كانت هناك أرض زراعية أو دار

---

(١) د. نبيلة رسلان، المرجع السابق، ص ٤٢٧.

(٢) د. رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص ٦٦.

(٣) وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كانت المحكمة قد تبينت من وقائع الدعوى أن الشريكين في ماكينة للري والطحن قد استغلاها مدة من الزمن بالطريقة المتفق عليها في عقد

أو سيارة شائعة بين شريكين لأحداهما الثلثان والآخر الثلث فإنه يجوز أن يتفقا علـى أن يخـتص الأول بالأرض الزراعية أو بالدار كلها ليستغلها وحده لمدة سنتين ثم يختص بها الآخر لمدة سنة وهكذا، أو أن يختص الأول، بالسيارة لمدة شهرين والآخر لمدة شهر واحد وهكذا. ولم ينظم القانون المصري مدة المهايأة الزمانية كما نظم مدة المهايأة المكانية، فتسري القواعد العامة. ومن ثم يجوز أن يـتفق الـشركاء علـى عدد من دورات التناوب في الانتفاع بالمال الشائع كما يـشاءون، بشرط ألا يؤدي هذا الاتفاق إلى إجبارهم على البقاء في الشيوع لمدة تزيد على خمس سنين، وتنتهي المهايأة الزمانية بانتهاء مدتها، ويبين الاتفاق هذه المدة وكيف تنقضي[1].

ولا تنقلب المهايأة الزمانية إلى قسمة نهائية مهما طالت مدتها ولم يورد القانون في هذا الحكم الاستثنائي بالنسبة إليها، لأنه لا يمكن تطبيقه هنا كما أمكن تطبـيقه على المهايأة المكانية فالمهايأة المكانية تقسم المال الشائع أجزاء مفرزة، فهي كالقسمة النهائية إلا في أنها قسمة منفعة لا قسمة ملك. أما المهايأة الزمانية

شـركة، ثـم عـدلا عن هذه الطريقة إلى طريقة أخرى ثم اختلفا بعد ذلك على طريقة الاسـتغلال ولـم يـوفقا إلى طريقة ما، فاضطر أحدهما إلى استغلالها بطريقة المهايأة الزمانية، إذ كانت هذه هي الطريقة الوحيدة الممكنة فإنه لا يكون هناك من حرج في عدم التعويل على الطريقة الواردة في العقد بعد ثبوت العدول عنها. ويجوز للمحكمة أن تثبت حصول الانتفاع بطريقة أخرى معونة بجميع وسائل الإثبات، إذ الأمر أصبح متعلقاً بواقعة مادية (نقض مدني ٢١/ يناير سنة ١٩٤٣ طعن رقم ٤١ لسنة ١٢ق، في خمسة وعشرين عاماً جزء أول، ص ٦٨٩-٦٩٠). مجموعة أحكام النقض، المكتب الفني.

(١) د. السنهوري، المرجع السابق، ص ١٠٨٥، ١٠٨٦.

فتبقى المال الشائع على حالته دون إفراز وإنما تقسم زمن الانتفاع به فهي لا تهيء للقسمة النهائية، ومن ثم لا يمكن أن تنقلب إليها[1].

وقد قضت محكمة النقض بأنه لا يجوز تغيير صفة الحائز بعد انتهاء قسمة المهايأة من حائز بسبب وقتي معلوم إلى حائز بقصد التملك، إذا جابه هذا الحائز باقي الملاك المشتاعين بما يفيد قصده القاطع في التملك[2].

أحكام المدة في قسمة المهايأة الزمنية:

سنعرض لهذه الأحكام في كل من القانون المدني المصري والقانون المدني الكويتي وذلك على النحو الآتي:

أولا: في القانون المدني المصري:

تنص المادة (٨٤٧) مدني مصري:

"تكون قسمة المهايأة أيضا بأن يتفق الشركاء على أن يتناوبوا الانتفاع بجميع المال المشترك، كل منهم لمدة تتناسب مع حصته".

لم ينظم القانون المدني المصري مدة المهايأة الزمانية كما نظم مدة المهايأة المكانية، ولذا يسري عليها القواعد العامة التي سبق شرحها في أحكام المدة في قسمة المهايأة المكانية ولكن يجب لصحة الاتفاق بين الشركاء في قسمة المهايأة الزمانية أن يحدد على وجه الدقة مدة الانتفاع باليوم والشهر والسنة، كما

---

(١) د. السنهوري، المرجع السابق، ص ١٠٨٦.

(٢) نقض مدني في ١٩ مايو سنة ١٩٧٠، رقم ١٣٨، ص ٨٢٦، الطعن رقم ١٢٧ لسنة ٣٦ق، مجموعة أحكام النقض، المكتب الفني، السنة ٢١.

يجب أن يحدد الاتفاق دور كل منهم في الانتفاع، وإلا وقع الاتفاق باطلاً، وذلك على خلاف الحال في الاتفاق في قسمة المهايأة المكانية[1].

يتفق الشركاء على أن يتناوبوا الانتفاع بجميع المال المشترك كل منهم لمدة تتناسب مع حصته، ولا يوجد تحديد للمدة التي يصح الاتفاق بالنسبة لها، كما هو الشأن بالنسبة للمهايأة المكانية ولذلك يجوز الاتفاق على تناوب الانتفاع بجميع المال المشترك لمدة تزيد على خمس سنوات والمهم هو مراعاة التناسب بين مدة الانتفاع وبين حصة كل شريك[2].

ولا تنقلب قسمة المهايأة الزمانية إلى قسمة نهائية مهما طالت مدتها، أي مهما تجدد الاتفاق على التناوب في الانتفاع بالمال المملوك على الشيوع إذ يبقى المال الشائع على حاله دون إفراز، وإنما يقسم زمن الانتفاع به، فهي لا تهيء للقسمة النهائية ولا تمهد الطريق للوصول إليها، ومن ثم فلا يمكن أن تنقلب إلى قسمة نهائية[3].

ثانيا: في القانون المدني الكويتي:

تنص المادة (٨٤٤) مدني كويتي على أنه:

"للشركاء جميعاً أن يتفقوا على قسمة منافع المال الشائع مهايأة بأن يتناوبوا الانتفاع به كل منهم لمدة تتناسب مع حصته".

---

(١) د. أيمن سعد، المرجع السابق، ص ١١٣.

(٢) د. توفيق حسن فرج، المرجع السابق، ص ٢٧٥.

(٣) د. محمد شريف عبد الرحمن أحمد عبد الرحمن، المرجع السابق، ص ٤٣٩.

وحيث أن هذه المادة تقابل نص المادة (٨٤٧) مدني مصري والتي سبق شرحها فإننا نكتفي بالإحالة إلى ما سبق شرحه.

ثالثاً: في الفقه الإسلامي:

يشترط في المهايأة الزمانية تعيين المدة، بخلاف المهايأة المكانية، لأن تعيين الزمان يعرف به قدر الانتفاع، فتصير به المنافع معلومة ولا تصير معلومة إلا ببيان زمان معلوم ولأن هذه المهايأة مقدرة بالزمان، أما المهايأة المكانية فمقدرة مجموعة بالمكان ومكان المنفعة معلوم[١] وفصل المالكية[٢] في مقدار المدة بعد اشتراطهم تعيين الزمن، وانتفاء الضرر فقالوا: تجوز المهايأة في المنقولات في المدة اليسيرة ولا تجوز في المدة الكثيرة، فلا تصح لزمن طويل في الحيوان ونحوه كالثوب وتجوز المهايأة في العقارات كالدار والأرض المأمونة (بأن كانت ملكاً) لمدة بعيدة فيسكن أحدهما في الدار مدة معينة ويسكن الآخر مدة أخرى، ويزرع أحدهما الأرض عاماً والآخر عاماً مثله أما الأرض غير المأمونة (غير المملوكة) كالعارة، فلا يجوز قسمتها مهايأة وإن قلت المدة إذ قد يرجع المستعير في إعارته فيفوت على الآخر الذي لم تأت نوبته من الانتفاع[٣].

ولكن الفقه الوضعي المصري والكويتي لم يحددان مدة معينة تنتهي بها المهايأة الزمانية كما فعل في المهايأة المكانية.

---

(١) د. وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص ٧٠٠، ٧٠١، هامش (١)، البدائع، ج٧، ص ٣٢.

(٢) د. وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص ٧٠١، هامش (٢)، الشرح الكبير مع الدسوقي، ج٢، ص ٤٩٩، الشرح الصغير، ج٣، ص٦٦١، بداية المجتهد، ج٢، ص٢٦٦.

(٣) د. وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص ٧٠١.

خضوع قسمة المهايأة لأحكام عقد الإيجار

ينطبق على قسمة المهايأة بنوعيها مكانية وزمانية أحكام عقد الإيجار، وذلك على النحو الآتي:

أولا: في القانون المدني المصري:

قسمة المهايأة هي قسمة انتفاع، لذا يمكن تكييفها بأنها إيجار، فيعتبر كل شريك في قسمة المهايأة مؤجراً لشريك آخر ومستأجراً منه، وبهذا ينتفع الشريك بجزء مفرز في المهايأة المكانية أو بكل المال الشائع في المهايأة الزمانية، فيحصل على نصيب باقي الشركاء في منفعة ما لديه من مال؛ وذلك في مقابل حصول هؤلاء الباقين على نصيبه في منفعة ما لديهم من مال[1].

فقسمة المهايأة تقترب بذلك من الإيجار. وعلى هذا نصت المادة (٨٤٨) مدني مصري على أن:

"تخضع قسمة المهايأة من حيث جواز الاحتجاج بها على الغير ومن حيث أهلية المتقاسمين وحقوقهم والتزاماتهم وطرق الإثبات لأحكام عقد الإيجار، مادامت هذه الأحكام لا تتعارض مع طبيعة هذه القسمة".

ويتأسس هذا الحكم على أن قسمة المهايأة بصورتيها ليست إلا مقايضة منفعة بمنفعة، ومن ثم فهي في حكم الإيجار لذا ليس من الضروري أن تكون الأجرة نقوداً[2].

---

(١) د. نبيلة رسلان، المرجع السابق، ص ٤٣٨. وراجع أيضاً في هذا المعنى، د. أيمن سعد، المرجع السابق، ص ١٢٢.

(٢) د. نبيلة رسلان، المرجع السابق، ص ٤٣٩، وراجع أيضاً في هذا المعنى، د. أحمد سلامة، المرجع السابق، ص ٢٦٧.

ومـــن ثم يكفي أن يتوافر في الشريك المتقاسم أهلية الإيجار، وهي هنا أهلـية الإدارة دون أهلية التصرف حتى في الاستئجار إذ هو يعتبر في المهايأة من أعمال الإدارة[1].

وبـصفة عامـة يلتـزم كل متهايئ بما يلزم به المستأجر ويتمتع به من حقوق، فيكون عليه أن يدفع الأجرة وهي هنا منفعة حصته، وأن يستعمل العين فـيما أعـدت له، وأن يردها عند انتهاء المدة المتفق عليها[2]. ولكل شريك أن يؤجـر مـن الـباطن، وتطبق قواعد الإيجار من الباطن، وكذلك قواعد إثبات الإيجار فتثبت المهايأة بالبينة والقرائن فيما لا يجاوز خمسمائة جنيه وإلا وجبت الكتابة أو ما يعادل الكتابة[3].

---

(١) د. نبيلة رسلان، المرجع السابق، ص ٤٣٩، هامش (٢)، د. السنهوري، الوسيط، ص ١٠٨٧، د. إسماعيل غانم، المرجع السابق، ص ١٥٦، د. أحمد سلامة، المرجع السابق، ص ٣٦٣؛ د. الصدة، المرجع السابق، ص ٢٤٩.

(٢) نقـض مدنـي ٦٦ لسنة ٣٥ق، ١٩٦٩/٢/١٧ لسنة ٢٠، ص ٢٩٨، بند ٤٧، مجموعة أحكام محكمة النقض، المكتب الفني.

مقتـضى المادة ٨٤٧ من القانون المدني هو أن قسمة المهايأة للمال الشائع لا تنهي حالة الـشيوع بين الشركاء فيه ولا تعد الغاية منها تنظيم علاقة هؤلاء الشركاء لاقتسام منفعة ذلك المال بأن يتناوبوا الانتفاع به كل منهم مدة متناسبة لحصته فيما يعني مقايضة انتفاع بانتفاع كما هو الحال في عقد الإيجار. وإذ تقضي المادة ٨٤٨ التالية للمادة السالفة الذكر بخضوع قسمة المهايأة من حيث حقوق والتزامات المتقاسمين لأحكام عقد الإيجار إلا فيما يـتعارض مع طبيعة هذه القسمة فإن مؤدى هذين النصين أن يلتزم الشريك المتهايئ كما يلتـزم المـستأجر طـبقاً لنصوص القانون المدني في الإيجار بأن يرد العين المشتركة لـشركائه فـيما بعد انتهاء نوبته في الانتفاع بها وإلا كان غاصباً ويلزم بتعويض هؤلاء الشركاء عما يصيبهم من ضرر.

(٣) د. نبيلة رسلان، المرجع السابق، ص ٤٤٠.

وتطبق قواعد الإيجار أيضاً من حيث الاحتجاج بالمهايأة على الغير كمشتري المال الشائع، فلابد أن تكون المهايأة ثابتة التاريخ قبل انعقاد البيع حتى تسري في حق المشتري[1].

وقد أوردت عجز المادة (٨٤٨) مدني تحفظ على القواعد السالفة بأن (أحكام عقد الإيجار تطبق على القسمة ما دامت لا تتعارض مع طبيعة هذه القسمة). وعليه لا يسري على قسمة المهايأة ما تنص عليه قوانين الإصلاح الزراعي من وجوب أن يكون عقد الأراضي الزراعية ثابتاً بالكتابة حيث تنص المادة ٣٦ من قانون الإصلاح الزراعي رقم ١٧٨ لسنة ٥٢ المعدل بالقانون رقم ١٧ لسنة ١٩٦٣ على أنه "**يجب أن يكون عقد الإيجار مزارعة أو نقداً ثابتاً بالكتابة أياً كانت قيمته وكذلك كل اتفاق على استغلال أراض زراعية ولو كان لزرعة واحدة**"[2].

وكذلك ما يتعلق بأن يكون تأجير الأرض الزراعية لمن يتولى زراعتها بنفسه، وعدم جواز التأجير من الباطن أو النزول عن الإيجار للغير أو مشاركته فيه. حيث تنص المادة ٣٢ من قانون الإصلاح الزراعي رقم ١٧٨ لسنة ٥٢

---

(١) "المشتري لحصة شائعة في عقار من أحد الشركاء على الشيوع أو سجل عقده قبل تسجيل عقد القسمة المعقود بين هؤلاء لا يحتج عليه بهذه القسمة، لأنه وقد انقلبت إليه الملكية بالتسجيل يكون هو دون البائع له صاحب الشأن في القسمة التي ترجى بخصوص الحصة التي اشتراها"، نقض مدني ١٩٨٨/٣/٣٠، طعن رقم ٦٠٤ لسنة ٥١ق.

(٢) القانون رقم ١٧٨ لسنة ٥٢ بشأن الإصلاح الزراعي المادة ٣٦ معدلة بالقانون رقم ١٧ لسنة ٦٣وبالقانون ٥٢ لسنة ٦٦ نشرة تشريعية صفحة ١٩٧٣ ثم ألغيت الفقرة الثانية من المادة ٣٦ بالقانون رقم ٩٦ لسنة ١٩٩٢، الجريدة الرسمية، العدد ٢٦ مكرر في ١٩٩٢/٦/٢٨، الطبعة السادسة، ٢٠٠١، الهيئة العامة لشئون المطابع الأميرية، ص ٣٣.

المعدل بالقانون رقم ٥٢ لسنة ١٩٦٦ على أنه "يكون تأجير الأراضي الزراعية لمن يتولى زراعتها بنفسه ولا يجوز للمستأجر تأجيرها من الباطن أو التنازل عـن الإيجار للغير أو مشاركته فيها. ويقع باطلاً كل تعاقد يتم بالمخالفة للحكم المـتقدم، ويشمل البطلان أيضاً العقد المبرم بين المؤجر والمستأجر الأصلي – وتقـضي بالـبطلان لجـنة الفصل في المنازعات الزراعية متى طلب إليها ذو الـشأن ذلـك ولا يخل هذا البطلان بحق المالك في مطالبة المستأجر الأصلي والمستأجر من الباطن بما له من حقوق أو بتعويض ما أصابه من أضرار"[1].

فمـثل هـذه الأحكـام يقصد بها تهيئة الفرص المناسبة لصغار الزراع وحمايـة المستأجرين من استغلال الملاك، فلا محل لها من قسمة المهايأة إذ تتم بين ملاك لتنظيم الانتفاع بالمال الشائع، فمظنة الاستغلال فيها غير قائمة ومن ثم فهي أحكام تتعارض مع طبيعة القسمة[2].

ثانيا: في القانون المدني الكويتي:

وتنص المادة (٨٤٦) مدني كويتي على أنه: "تخضع قسمة المهايأة من حـيث أهلية المتقاسمين وحقوقهم والتزاماتهم ومن حيث الاحتجاج بها على

---

(١) مـادة ٣٢ مـن قانـون الإصـلاح الزراعي المعدل بالقانون ٥٢ لسنة ١٩٦٦، النشرة التـشريعية فـي سبتمبر ١٩٦٦، الجـريدة الرسـمية في ١٩٦٦/٩/٨، العدد ٢٠٢، ص ١٩٧٣-١٩٧٤، المطابع الأميرية، المرجع السابق، سنة ٢٠٠١، ص ٢٤، ٢٥.

(٢) راجـع مـا ذكـره د. نبيلة رسلان، المرجع السابق، ص ٤٤١. وراجع أيضاً في هذا المعنى، د. السنهوري، المرجع السابق، ص ٨٩٠، د. إسماعيل غانم، المرجع السابق، ص ١٨١، د. أحمد سلامة، المرجع السابق، ص ٢٥٨.

الغير لأحكام عقد الإيجار ما لم تتعارض هذه الأحكام مع طبيعة القسمة" ويتفق حكم هذا النص مع حكم المادة (٨٤٨) من التقنين المصري[١].

وبناء على ذلك فإننا نحيل في حكم هذه المادة إلى ما سبق شرحه بخصوص المادة (٨٤٨) مدني مصري.

ثالثاً: الفقه الإسلامي:

وقد أخذ الفقه الوضعي المدني في مصر بما ذهب إليه أكثر فقهاء المذهب المالكي الأمر الذي ترتب عليه خضوع قسمة المهايأة من حيث اللزوم وتعيين المدة ومقدارها لأحكام عقد الإيجار[٢].

وقد أخذ بهذا الاتجاه القانون المدني الكويتي.

---

(١) د. السنهوري، المرجع السابق، ص ١٠٧٧.

(٢) انظر في هذا المعنى: د. أيمن سعد، المرجع السابق، ص ١٢٣، هامش (٣)، شرح الخرشي، ج٦٢، ص ١٥٨.

المبحث الرابع
التنظيم القضائي لاستعمال المال الشائع

سوف نقوم بشرح التنظيم القضائي لاستعمال المال الشائع.

أولا: فـي التقنـين المدني المصري وثانيا: في التقنين المدني الكويتي، وقبل الدخول في شرح هذين الأمرين سوف نعرض الدور الاحتياطي للقاضي.

الدور الاحتياطي للقاضي:

قد يتعذر في كثير من الأحيان اتفاق الشركاء على طريقة معينة لتنظيم اسـتعمال المال الشائع نظراً لتضارب أهوائهم ومحاولة كل منهم فرض رأيه، وطـريقة الاسـتعمال التي تروق له، وتحقق مصلحته الشخصية، على شركائه الآخـرين، وفـي أحيان أخرى قد يوجد بين الشركاء من يتعنت منهم وعادة ما يكون أقلهم نصيباً فيرفض كل طريقة تقترح لتنظيم استعمال المال الشائع سواء كانـت قسمة مهايأة أو أية طريقة أخرى. في هذه الحالات لا يجد الشريك الذي يحـتاج لاستعمال المال الشائع والانتفاع به، مناصاً من الالتجاء للقضاء لتنظيم اسـتعمال المال الشائع، وهو ما يعني أن دور القاضي في تنظيم استعمال المال الشـائع دور احتيـاطـي، لا يلجـأ إلـيه إلا عند تعذر اتفاق الشركاء على هذا التنظيم[1].

---

(1) فـي هـذا المعنى: د. عبد المنعم الصده، المرجع السابق، ص ٢٠٩. وراجع ما ذكره د. أيمن سعد، المرجع السابق، ص ١٣٣.

بعد أن أوضحنا الدور الاحتياطي للقاضي في تنظيمه استعمال المال الشائع أي أنه دوراً ليس أصيلاً في ذلك سنقوم بشرح دوره في كل من التقنين المدني المصري والتقنين المدني الكويتي وذلك على النحو الآتي:

أولا: التنظيم القضائي لاستعمال المال الشائع في التقنين المدني المصري: (قسمة المهايأة التي تسبق القسمة النهائية):

تنص المادة (٨٤٩) من القانون المدني المصري على أنه:

"١- للشركاء أن يتفقوا أثناء إجراءات القسمة النهائية على أن يقسم المال الشائع مهايأة بينهم، وتظل هذه القسمة نافذة حتى تتم القسمة النهائية.

٢- فإذا تعذر اتفاق الشركاء على قسمة المهايأة، جاز للقاضي الجزئي إذا طلب منه ذلك أحد الشركاء أن يأمر بها، بعد الاستعانة بخبير إذا اقتضى الأمر ذلك".

وهـــي حالة خاصة نص عليها القانون وهي حالة إذا لم يتم الاتفاق على قسمة المهايأة، جاز أن تتم للمهايأة بأمر من القاضي بناء على طلب أحد الشركاء وهذه هي المهايأة التي تتم أثناء إجراءات القسمة النهائية[١].

وســـواء تمـت هذه المهايأة بالاتفاق أو بأمر القاضي فإنها تختلف عن المهايـأة العاديـة فـي أنها ليست محدودة بمدة معينة، فهي تظل إلى أن تنتهي القسمة النهائية، لذلك قد تبقى لمدة تزيد عن خمس سنوات[١].

---

(١) د. نبيلة رسلان، المرجع السابق، ص ٤٣٧. وراجع أيضاً في هذا المعنى، د. أيمن سعد، المرجع السابق، ص ١٣٦.

دور القاضي الجزئي في تنظيم المهايأة التي تسبق القسمة النهائية:

الأصل أن تنظيم المهايأة التي تسبق القسمة النهائية يتم عن طريق الاتفاق بين الشركاء[2]، ويجوز إذا تعذر هذا الاتفاق أن يطلب تلك القسمة من القاضي الجزئي (الذي تجرى أمامه إجراءات القسمة النهائية) أي شريك، فيأمر بها القاضي حتى ولو عارضها الباقين مستعينا في ذلك بخبير وفي هذا وضع حد للمنازعات التي تسبق القسمة النهائية وتتميز هذه القسمة التي تسبق القسمة النهائية أنه لا يشترط فيها اتفاق كافة الشركاء، فيجوز إجراؤها قضائياً رغم معارضة الأغلبية، كما أنها تتميز بعدم وجود مدة زمنية محددة لها، وإنما تظل قائمة حتى تنتهي إجراءات القسمة النهائية[3].

وفي الغالب تكون المهايأة مكانية على أن تبقى هذه المهايأة نافذة إلى أن تتم القسمة النهائية، ونحن نتفق مع ما ذهب إليه الدكتور السنهوري أن المهايأة المكانية التي تسبق القسمة النهائية تختلف عن المهايأة المكانية العادية في أمرين جوهريين:

١- أن الأولى: لا يشترط فيها اتفاق الشركاء جميعاً فهي ليست حتماً قسمة اتفاقية بل قد تكون قسمة قضائية إذا طلبها شريك أو أكثر دون الباقين

---

(١) د. نبيلة رسلان، المرجع السابق، ص ٤٣٨. وراجع في هذا المعنى، د. السنهوري، المرجع السابق، ص ١٠٩٠، د. أحمد سلامة، المرجع السابق، ص ٢٧٨، د. الصدة، المرجع السابق، ص ٢٤٩.

(٢) د. أيمن سعد، المرجع السابق، ص ١٣٢.

(٣) د. رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص ٦٧، ٦٨.

وعندئذ يتعين على القاضي الجزئي إجراؤها، أما المهايأة العادية فقد رأينا أنها تكون دائماً قسمة اتفاقية، لابد فيها من اتفاق جميع الشركاء.

٢- أنه ليس للمهايأة التي تسبق القسمة النهائية مدة معينة فهي تدوم إلى أن تنتهي القسمة النهائية، ولذلك فقد تبقى خمس سنوات أو أقل أو أكثر. أما المهايأة المكانية العادية، فقد بينا أن مدتها لا يجوز أن تزيد على خمس سنوات، قد تجدد، وأنه إذا لم يتعين لها مدة كانت المدة سنة واحدة قابلة للتجديد[1].

---

(١) د. السنهوري، المرجع السابق، ص ١٠٨٩، ١٠٩٠، هامش (٢)؛ محمد علي عرفة، فقرة ٣٤٢؛ حسن كيره، الفقرة ١٠٦، ص ٣٤٤، هامش (١)، وقد كان المشروع التمهيدي يشتمل على نص ينظم صورة خاصة أخرى من المهايآت، تتم هي أيضاً بأمر من القاضي بناء على طلب أحد الشركاء، وذلك في حالة ما تكون القسمة نهائية، ضارة بمصالح الشركاء، فيرجئها القاضي ويستبدل بها قسمة مهايأة إلى أن يتيسر إجراء القسمة النهائية دون ضرر. فكانت المادة ١٢٢٠ من المشروع التمهيدي تجرى على الوجه الآتي: "إذا كانت القسمة النهائية ضارة بمصالح الشركاء على الوجه المبين بالفقرة الثانية من المادة ١٢٠٢، ولم يكن ميسوراً أن يدار المال الشائع إدارة مشتركة، فللقاضي الجزئي بناء على طلب أحد الشركاء، أن يأمر بقسمة المهايأة بعد الاستعانة بخبير أو دون استعانة" (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦، ص ١٣٨). وكانت الفقرة الثانية من المادة ١٢٠٢ من المشروع التمهيدي المشار إليها في النص تجرى على الوجه الآتي: "ومع هذا فللمحكمة، بناء على طلب أحد الشركاء، أن تأمر باستمرار الشيوع حتى إلى ما بعد الأجل المتفق عليه، وحتى ولو لم يوجد أي اتفاق على البقاء في الشيوع، وذلك متى كانت القسمة العاجلة تضير بمصالح الشركاء كما لها أن تأمر بالقسمة في المال حتى قبل انقضاء الأجل المتفق عليه إذا وجد سبب قوي يبرر ذلك". (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦، ص ١٠٠). وقد حذفت هذه الفقرة الثانية من لجنة المراجعة (مجموعة الأعمال

ثانيا: التنظيم القضائي لاستعمال المال الشائع في التقنين المدني الكويتي (قسمة المهايأة التي تسبق القسمة النهائية):

تنص المادة (٨٤٥) مدني كويتي على أنه:

"للشركاء أثناء القسمة النهائية أن يتفقوا على قسمة المال الشائع مهايأة بينهم حتى تتم القسمة النهائية. فإذا تعذر اتفاقهم على قسمة المهايأة جاز للمحكمة بناء على طلب أحد الشركاء أن تأمر بها".

ويتفق هذا النص في حكمه مع نص المادة (٨٤٩) من التقنين المدني المصري[1].

قسمة المهايأة التي تتم أثناء إجراءات القسمة النهائية وتتميز بأمرين:

الأول: أنها لا تخضع للقواعد الخاصة بالمدة وإنما تستمر حتى تتم القسمة النهائية. والأمر الثاني أن هذه القسمة يمكن – إذا لم يتفق عليها الشركاء من أن تتم بأمر المحكمة بناء على طلب أحد الشركاء، وذلك على خلاف الأصل وهو أن المهايأة لا تكون إلا باتفاق الشركاء جميعاً عليها[2].

التحضيرية ٦، ص ١٠٢)، فحذفت تبعاً لها المادة ١٢٢٠ سالفة الذكر في نفس اللجنة (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦، ص ١٣٨ "في الهامش").

(١) د. السنهوري، المرجع السابق، ص ١٠٧٧.

(٢) المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الكويتي، المرجع السابق، ص ٦٣٠.

من كل ما سبق يتضح لنا أن تنظيم قسمة المهايأة التي تتم بأمر القاضي مـــتفقة في أحكامها سواء في التقنين المدني المصري أو التقنين المدني الكويتي وذلك على التفصيل الذي قمنا بسرده.

الفصل الثاني
سلطات المالك على الشيوع في استغلال المال الشائع

لما كان استغلال المال الشائع يعني استثماره أي القيام بالأعمال اللازمة للحصول على ثماره فقد وضع المشرع في مصر والمشرع في الكويت قواعد خاصة لإدارته تتلاءم مع الطبيعة القانونية للملكية الشائعة ضماناً لحسن استغلال هذا المال بحيث تتحقق المصلحتان المشتركة والفردية. ولذلك نص المشرع على قواعد عامة للإدارة في المواد ٨٢٧، ٨٢٩ مدني مصري والمواد ٨٢٠، ٨٢٤ مدني كويتي والتي يتبين منها أن القاعدة العامة التي تحكم أعمال إدارة المال الشائع هي قاعدة الإجماع لكلاً من القانون المدني المصري والقانون المدني الكويتي وقد أخضع طرق تطبيق قاعدة الإجماع للقواعد العامة، ولكنه أورد عليه استثناء هام يسمح لأغلبية الشركاء القيام بأعمال الإدارة[1].

قاعدة الإجماع:

يقصد بقاعدة الإجماع ضرورة موافقة جميع الشركاء لإمضاء أي عمل يتعلق بإدارة المال الشائع، والأصل في كل من القانون المصري والقانون الكويتي أن يدار المال الشائع باتفاق جميع الشركاء سواء تعلق الأمر بالإدارة المعتادة أو إدارة الأعمال غير المعتادة، ففي مصر تنص المادة ٨٢٧ على أن **"تكون إدارة المال الشائع من الشركاء مجتمعين ما لم يوجد اتفاق يخالف ذلك"**، وقاعدة الإجماع قاعدة تفرضها الطبيعة القانونية الخاصة للملكية الشائعة فتماثل

---

(١) د. أيمن سعد، المرجع السابق، ص ١٨٠-١٨٢. وراجع أيضاً في هذا المعنى، د. محمد شكري سرور، موجز تنظيم حق الملكية في القانون المدني الكويتي – دراسة مقارنة، ط ٢، ١٩٩٨، ص ٢٩٠.

حقـوق الملاك على الشيوع في الطبيعة على مال واحد بغض النظر عن مقدار حـصة كل منهم، يترتب عليه تماثل حقوقهم، وسلطاتهم على المال الشائع فليس لأحـدهم حـق متميز أو أقوى من حقوق شركائه الآخرين حتى يفرض إرادته عليهم باختيار الطريقة التي تروق له لإدارة المال الشائع"[1].

وإذا كـان تماثـل حقوق الملاك المشتاعين في الطبيعة على مال واحد يفرض ضـرورة موافقتهم جميعاً للقيام بأي عمل من أعمال إدارة المال الشائع إلا أن تطبيق هذه القاعدة بصورة مطلقة قد تؤدي إلى الإضرار بالمصلحة المشتركة بـين الشركاء فيكفي أن يكون من بين الملاك المشتاعين واحد فقط غير مكترث بإدارة المال الشائع، وذلك لضآلة حصته أو سوء نيته فيستطيع برفضه أن يشل حركة إدارة المال الشائع، وفي هذا إضرار كبير بمصلحة الشركاء الآخرين[2].

استثناء قاعدة الإجماع:

استثناء من القاعدة العامة التي تحكم أعمال الإدارة وهي قاعدة الإجماع قـد سـمح المشرع المصري والمشرع الكويتي لمن يملك أغلبية الحصص بين الـشركاء القيام بأعمال الإدارة كما سمح للقضاء المختص أن يقوم بهذه الإدارة بناء على طلب أحد الشركاء في حالة معينة وبشروط محددة[3].

---

(١) د. أيمـن سعد، المرجع السابق، ص ١٨٣، ١٨٤، ١٨٦. وراجع أيضاً في هذا المعنى، د. عـبد المـنعم الصده، الحقوق العينية الأصلية - دراسة في القانون اللبناني والقانون المصري، ١٩٨٢، دار النهضة العربية، ص ١٧٤، ١٧٥.

(٢) د. أيمن سعد، المرجع السابق، ص ١٨٧.

(٣) انظـر فـي هـذا المعنى، د. السنهوري، المرجع السابق، ص ١٠٦٩. وراجع ما ذكره د. أيمن سعد، المرجع السابق، ص ٢٢٥.

وعلى هذا سنقسم الدراسة في هذا الفصل إلى مبحثين:

المبحث الأول: سلطة أغلبية الشركاء في إدارة المال الشائع في القانون المدني المصري والقانون المدني الكويتي.

المبحث الثاني: سلطة القضاء في إدارة المال الشائع وذلك على النحو التالي:

المبحث الأول

سلطة أغلبية الشركاء في إدارة المال الشائع

في القانون المدني المصري والقانون المدني الكويتي

مما يستثنى من قاعدة الإجماع أن المشرع المصري والمشرع الكويتي قد سمح لأغلبية الشركاء أن تقوم بإدارة المال الشائع وفرق في مقدار الأغلبية على حسب ما إذا كان العمل يتعلق بالإدارة المعتادة أو الإدارة غير المعتادة[1].

وعلى هذا سنقسم هذا المبحث إلى مطلبين:

المطلب الأول: سلطة الأغلبية في القيام بأعمال الإدارة المعتادة.

المطلب الثاني: سلطة الأغلبية في القيام بأعمال الإدارة غير المعتادة.

وذلك على النحو الآتي:

المطلب الأول

سلطة الأغلبية في القيام بأعمال الإدارة المعتادة

تعريف:

يقصد بأعمال الإدارة المعتادة الأعمال التي لا تنطوي على تغيير أساسي أو تعديل في الغرض الذي أعد له المال الشائع كالإيجار[2].

---

(١) د. أيمن سعد، المرجع السابق، ص ٢٢٦. وراجع أيضاً في هذا المعنى، د. أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، الحقوق العينية الأصلية – حق الملكية والحقوق العينية المتفرع عنه، ص ٧٤.

(٢) د. نبيل إبراهيم سعد، الحقوق العينية الأصلية، أحكامها ومصادرها، سنة ٢٠٠١، الناشر منشأة المعارف بالإسكندرية.

أولا: التقنين المدني المصري:

تنص المادة ٨٢٨ مدني مصر على أنه:

"١- ما يستقر عليه رأي أغلبية الشركاء في أعمال الإدارة المعتادة يكون ملزماً للجميع وتحسب الأغلبية على أساس قيمة الأنصباء، فإن لم يكن ثمة أغلبية، فللمحكمة بناء على طلب أحد الشركاء أن تتخذ من التدابير ما تقتضيه الضرورة، ولها أن تعين عند الحاجة من يدير المال الشائع.

٢- وللأغلبية أيضاً أن تختار مديراً، كما أن لها أن تضع للإدارة ولحسن الانتفاع بالمال الشائع نظاماً يسري حتى على خلفاء الشركاء جميعاً سواء كان الخلف عاماً أم كان خاصاً.

٣- وإذا تولى أحد الشركاء دون اعتراض من الباقين عُد وكيلاً عنهم.

وقد قضت محكمة النقض المصرية تطبيقاً لذلك بأنه: "لما كانت الفقرة الثانية من المادة ٧٠١ من القانون المدني قد نصت على أن الإيجار يعد من أعمال الإدارة ومن ثم فإيجار المال الشائع يدخل في سلطة متولي إدارته من الشركاء ويدخل في سلطته تبعاً لذلك حق التقاضي فيما ينشأ عن الإيجار من منازعات فيصح أن يكون مدعياً أو مدعياً عليه فيها، إذا كان ذلك وكان الثابت من مدونات الحكم المطعون فيه أن القصر مشمولين بولاية والد الطاعنين يملكون كامل أرض وبناء العقار الذي تقع به شقة النزاع مما مؤداه أنهم يملكون أغلبية الأنصبة في تلك الشقة ومن ثم فإن الإيجار الذي عقده والد الطاعنين بصفته ولياً طبيعياً مع هؤلاء القصر وما يتعلق به من منازعات وأحكام ينفذ في حق باقي الشركاء وهم الطاعنين. مما يكون معه حكم تخفيض أجرة تلك الشقة

نافذاً في حقهما، لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد التزم هذا النظر فإن النعي عليه يكون على غير أساس ولما تقدم يتعين رفض الطعن"[1].

وقد قضت محكمة النقض في هذا الصدد أنه: "لما كانت المادة ٣/٨٢٨ من القانون المدني تقضي بأنه إذا تولى أحد الشركاء إدارة المال الشائع دون اعتراض من الباقين عُد وكيلاً عنهم، فإن مفاد هذا النص أن تعتبر هناك وكالة ضمنية قد صدرت إلى الشريك الذي تطوع لإدارة المال الشائع من باقي الشركاء ويعد هذا الشريك أصيلاً عن نفسه ووكيلاً عن باقي الشركاء في إدارة المال الشائع إدارة معتادة فتنفذ الأعمال التي تصدر منه في حق الشركاء الباقين سواء ما كان منها عملاً مادياً أو تصرفاً قانونياً تقتضيه الإدارة مما يعتبر معه هذا الشريك في مفهوم المادة ٢/٧٠١ من القانون المدني وكيلاً عن باقي الشركاء وكالة عامة بالإدارة وهي تشمل بيع الشريك للمحصول الناتج من الأرض الزراعية المشتركة وقبض الثمن بوصفه تصرفاً تقتضيه الإدارة"[2].

ومنها أيضاً بيع المحصول وتأجير الأرض والوفاء بالديون التي استلزمتها عملية الاستغلال[3].

---

(١) نقض مدني جلسة ١٩٨٣/٤/١١، طعن رقم ٧٦٦ لسنة ٤٠ق، بند ١٨٩، ص ٩٣٦، السنة ٣٤، ج١، مجموعة أحكام النقض، المكتب الفني.

(٢) نقض مدني جلسة ١٩٦٩/١١/١٨، طعن رقم ٣٢٠ لسنة ٣٥ق، بند ١٨٦، ص ١٢٠٦، ١٢٠٧، سنة ٢٠، ج٣، مجموعة أحكام النقض، المكتب الفني.

(٣) د. أحمد شوقي محمد عبد الرحمن: الحقوق العينية الأصلية – حق الملكية والحقوق العينية المتفرعة عنه، سنة ٢٠٠٤، ص ٧٥.

ويجوز لكل من الشركاء أن يصيد الأسماك في بركة شائعة أو أن يصيد الطيـر فـي أرض شائعة مع تنظيم معين يتفق عليه كافة الشركاء على الشيوع يجعـل حـق أي شخص منهم في الصيد لا يتعارض مع حقوق باقي الشركاء الآخرين(١)، وهذه الأعمال تعد من قبيل الأعمال المادية.

وقـد قـضت **محكمة النقض** بأنه: "النص في المادة ٨٢٨ من القانون المدني السابقة الذكر".

" يدل وعلى ما أفصحت عنه المذكرة الإيضاحية للقانون المدني – على أنـه إذا كـان الأمر متعلقاً بأعمال الإدارة المعتادة كإيجار المال الشائع فإنه إذا اتفقت الأغلبية – على اختيار مدير من بين الشركاء أو غيرهم كان هو صاحب الشأن في الإدارة"(٢).

ومن أمثلة الإجراءات القضائية التي تعد من قبيل أعمال الإدارة المعتادة ممارسة سلطة التقاضي فيما ينشأ عن أعمال الإدارة المعتادة من منازعات فمثلاً طلـب إخـلاء العين المؤجرة المشتركة لعدم دفع الأجرة من بين أعمال الإدارة المعتادة(٣).

---

(١) د. محمد شريف عبد الرحمن أحمد عبد الرحمن، المرجع السابق، ص ٤٢٤.

(٢) نقـض مدني ٢١٧٣ لسنة ٢٥ق، ١٩٩١/١/٣٠، بند ٤٢، ص ٢٤٥، ٢٤٦، ج١، لسنة ٤٢، مجموعة أحكام النقض، المكتب الفني.

(٣) د. أيمن سعد، المرجع السابق، ص ٢٢٨.

ويُخلص من نص المادة ٨٢٨ مدني مصري أنه في إدارة المال الشائع إدارة معتادة لا تخلو الحال من أن تكون في أحد الفروض الثلاثة الآتية[1]:

أولا: أن يتولى أحد الشركاء الإدارة ولا يعترض عليه الباقون، فيعد وكيلاً عنهم وكالة عامة بالإدارة.

فقد يتولى أحد الشركاء إدارة المال الشائع دون اعتراض بقيتهم، فكثيراً ما يقوم الأخ الأكبر من بين الورثة بإدارة أموال التركة دون أن يعترض أحد الورثة[2].

فتستند إدارة الشريك، حالئذ، إلى وكالة ضمنية عن باقي الشركاء، وتكون، من ثم، أعمال الإدارة المعتادة التي يجريها نافذة في مواجهتهم. فإذا اعترض أحد الشركاء بعد فترة على إدارة الشريك، كان هذا الاعتراض عزلاً له عن وكالته الضمنية[3].

وقد قضت محكمة النقض بأنه لما كانت المادة ٣/٨٢٨ من القانون المدني تقضي بأنه:

"إذا تولى أحد الشركاء إدارة المال الشائع دون اعتراض من الباقين عد وكيلاً عنهم، فإن مفاد هذا النص أن تعتبر هناك وكالة ضمنية قد صدرت إلى الشريك الذي تطوع لإدارة المال الشائع من باقي الشركاء. ويعد هذا الشريك أصيلاً على نفسه ووكيلاً عن باقي الشركاء في إدارة المال الشائع إدارة معتادة

---

(١) د. السنهوري، المرجع السابق، ص ١٠٩٣.

(٢) د. محمد جمال الدين زكي، المرجع السابق، ص ١٢٦.

(٣) د. محمد جمال الدين زكي، المرجع السابق، ص ١٢٦.

فتنفذ الأعمال التي تصدر منه في حق الشركاء الباقين سواء ما كان منها عملاً مادياً أو تصرفاً قانونياً تقتضيه الإدارة مما يعتبر معه هذا الشريك في مفهوم المادة ٢/٧٠١ من القانون المدني وكيلاً عن باقي الشركاء وكالة عامة بالإدارة وهي تشمل بيع الشريك للمحصول الناتج من الأرض الزراعية المشتركة وقبض الثمن بوصفه تصرفاً تقتضيه الإدارة[١].

ثانيا: حكم انفراد أحد الشركاء بأعمال الإدارة المعتادة رغم معارضة الشركاء الباقين:

إذا قام أحد الشركاء بعمل من أعمال الإدارة المعتادة، ولم يكن مالكاً لأغلبية المال الشائع، واعترض عليه الشركاء الباقون، أو أغلبيتهم فإن هذا العمل، وإن وقع صحيحاً بين الطرفين إلا أنه لا يكون نافذاً في حق الشركاء الباقين. فمثلاً: إذا قام أحد الشركاء بإيجار المال الشائع دون أن يملك الأغلبية المطلقة لحصص هذا المال، واعترض عليه باقي الشركاء، أو أغلبيتهم فإن هذا الإيجار إن وقع صحيحاً بين الطرفين إلا أنه لا يكون نافذاً في حق باقي الشركاء[٢]، والأمر في هذا المثل لا يخرج من أحد فروض ثلاثة[٣]:

---

(١) د. السنهوري، المرجع السابق، ص ١٠٩٣، هامش "١"، نقض مدني ٣٢٠ لسنة ٣٥ق، ١٨ نوفمبر ١٩٦٩، مجموعة أحكام النقض، المكتب الفني لسنة ٢٠، رقم ١٨٦، ص ١٢٠٦.

(٢) د. أيمن سعد، المرجع السابق، ص ٢٤٠، هامش (١)، وفي فرنسا، استقر الفقه والقضاء على أن الإيجار الصادر من أحد الشركاء دون موافقة الشركاء الباقيين يعتبر صحيحاً في العلاقة بين المؤجر والمستأجر وينتج آثاره بين الطرفين، لكنه لا يعتبر نافذاً في حق الشركاء الباقين.

(٣) د. أيمن سعد، المرجع السابق، ص ٢٤٠.

الفرض الأول:

أن يؤجر الشريك كل المال الشائع أو جزءاً مفرزاً منه يزيد على حصته: في هذا الفرض يصح الإيجار، وإن وقع صحيحاً ونافذاً فيما بين المؤجر والمستأجر منه[1]، غير نافذ في حق الشركاء الباقين المعترضين على هذا الإيجار، حتى لو كان الشريك المؤجر يملك نصف المال الشائع، وذلك لأن هذا الإيجار يقع في جزء منه على ملك الغير، وهم في هذا الفرض باقي الشركاء، ومن ثم يحق لهؤلاء الشركاء أن يطلبوا إخراج المستأجر من العين كلها أو من أي جزء منها دون انتظار لنتيجة القسمة[2].

وقد قضت **محكمة النقض** المصرية تطبيقاً لذلك أن "مفاد المادة ٨٢٨ من القانون المدني أن حق تأجير المال الشائع يثبت للأغلبية المطلقة للشركاء محسوبة على أساس الأنصباء، ولا يثبت لأحد المشتاعين بمفرده طالما أنه لا يملك أكثر من نصف الأنصباء وأن الإيجار الصادر من أحد الشركاء متى كان لا يملك أكثر من نصف الأنصبة لا يسري في مواجهة باقي الشركاء إلا إذا

---

(١) د. أيمن سعد، المرجع السابق، ص ٢٤٠، هامش (٢)، عن الدكتور/ عبد المنعم الصده، أنه "لا يجوز للمؤجر في هذه الحالة أن يتحلل من هذا العقد بحجة أن شركاءه قد اعترضوا عليه. ولا يجوز ذلك للمستأجر بحجة أنه مهدد في الانتفاع بالعين بسبب عدم نفاذ الإيجار في حق الشركاء الآخرين، كما لا يجوز له أيضاً أن يطلب فسخ الإيجار طالما أن المؤجر يمكنه من الانتفاع بالعين المؤجرة ولم يتعرض له أحد. وهو يستطيع طلب إبطال العقد طبقاً للقواعد العامة إذا كان قد وقع في غلط بأن حسب أن الملكية خالصة للمستأجر ثم تبين له بعد ذلك أنها شائعة"؛ الدكتور/ عبد المنعم الصده، الحقوق العينية الأصلية، بند ١١٤، ص ٦٧.

(٢) د. أيمن سعد، المرجع السابق، ص ٢٤٠.

ارتضوه صراحة أو ضمناً، وأنه يترتب على عدم سريان الإيجار من أحد المشتاعين في مواجهة الباقين ثبوت الحق لهؤلاء في اعتبار الإيجار غير قائم بالنسبة لهم، وبالتالي في اعتبار المستأجر متعرضاً لهم فيما يملكون إذا كان قد وضع يده بالفعل على العين. لما كان ذلك وكان البين من مدونات الحكم المطعون فيه أنه أسس قضاءه بتأييد الحكم الابتدائي القاضي بإزالة التعديلات التي أجراها الطاعن بالعين المؤجرة على سند من القول بأن العقار الشائع المملوك مناصفة للمطعون عليهما قد قسم قسمة مهايأة شملت بعض أجزائه بمقتضى الاتفاق المؤرخ ١٩٦٨/٥/٥ الذي نظم فيه حقوقهما، والتزاماتهما، وطريقة تحصيل ما اختص به كل منهما، ونص فيه على أن يقوم الطرفان مناصفة بمصروفات إصلاح العقار، والتحسينات اللازمة له، بعد الاتفاق عليها كتابة، وبقيت أجزاء من العقار – من بينها مدخل المنزل والجزء المتبقي من الحجرة التي كانت معدة للبواب والتي ضم بعضها إلى الشقة الكائنة بالدور الأرضي ظلت شائعة – دون قسمة ومخصصة لخدمة العقار بأكمله وقام المطعون عليه الثاني في تاريخ لاحق للاتفاق المؤرخ ١٩٦٨/٥/٥ منفرداً بتأجير هذا الجزء للطاعن الذي ضمه لمطعمه وإذا اعترض المطعون عليه الأول المالك لنصف العقار على التأجير والضم فإنهما لا يسريان في حقه ويجوز له إلزام الطاعن بإعادة الجزء الشائع إلى حالته الأولى بما يجعله منفصلاً ومستقلاً عن باقي المحل المؤجر له بموافقة الشريكين»[1].

---

(١) نقض مدني جلسة ١٩٧٨/٢/١، الطعن رقم ٣٢٨ لسنة ٤٤ق، بند ٧٥، ص ٣٧٥، ٣٧٦، لسنة ٢٩، ج١، مجموعة أحكام النقض، المكتب الفني.

وقد قضت أيضاً تطبيقاً لذلك بأن "النص في المادة ٨٢٧ من القانون المدني على أن (تكون إدارة المال الشائع من حق الشركاء مجتمعين ما لم يوجد اتفاق يخالف ذلك) والنص في المادة ٨٢٨ من هذا القانون على أن ما يستقر عليه رأي أغلبية الشركاء في أعمال الإدارة المعتادة يكون ملزماً للجميع، وتحسب الأغلبية على أساس قيمة الأنصباء، فإن لم تكن ثمة أغلبية فللمحكمة، بناء على طلب أحد الشركاء، أن تتخذ من التدابير ما تقتضيه الضرورة، ولها أن تعين عند الحاجة من يدير المال الشائع، وللأغلبية أيضاً أن تختار مديراً... وإذا تولى أحد الشركاء الإدارة دون اعتراض من الباقين عد وكيلاً عنهم) يدل – على ما جرى به قضاء هذه المحكمة – على أن حق تأجير المال الشائع يثبت للأغلبية المطلقة للشركاء محسوبة على أساس الأنصباء ولا يثبت لأحد المشتاعين بمفرده طالما أنه لا يملك أكثر من نصف الأنصباء، وأن الإيجار الصادر من أحد الشركاء متى كان لا يملك أكثر من نصف الأنصبة لا يسري في مواجهة باقي الشركاء إلا إذا ارتضوه صراحة أو ضمناً، وأنه يترتب على عدم سريان الإيجار من أحد المشتاعين في مواجهة الباقين ثبوت الحق لهؤلاء باعتبار الإيجار غير قائم بالنسبة لهم وبالتالي باعتبار المستأجر متعرضاً لهم فيما يملكون إذا كان قد وضع يده بالفعل على العين"[1].

وقد قضت محكمة النقض في هذا الصدد بأنه: "إذا كان مفاد المادتين ٨٢٧، ٨٢٨ من القانون المدني أن حق تأجير المال الشائع يثبت للأغلبية

---

(١) نقض مدني جلسة ١٩٨٤/٣/١٥، الطعن رقم ٧٦٢ لسنة ٥٢ق، بند ١٣٢، ص ٦٩٤، ٦٩٥، لسنة ٣٥، ج١، مجموعة أحكام النقض، المكتب الفني.

المطلقة للشركاء، فمتى صدر الإيجار للعين كلها أو جزء مفرز منها من أحد الشركاء دون أن تكون له أغلبية الأنصبة، فإن الإيجار وإن وقع صحيحاً ونافذاً فيما بينه وبين المستاجر منه إلا أنه لا يسري في حق باقي الشركاء ممن لم يصدر منهم الإيجارة طالما لم يقرروها صراحة أو ضمنياً اعتباراً بأن الإيجار يقع في جزء منه على ملك الغير، فيحق لهؤلاء الشركاء أن يطلبوا إخراج المستاجر من أحدهم من العين كلها ومن أي جزء منها مهما صغر دون انتظار نتيجة القسمة(١).

وفي هذا الفرض يستطيع الشركاء الباقون، أو من يملك منهم الأغلبية للأنصبة، تأجير العين الشائعة إلى مستأجر آخر، وعندئذ، يلتزم الشريك المؤجر بتسليم العين إلى المستأجر من الشركاء، ولا يكون للمستأجر من الشريك الذي لا يملك الأغلبية الحق في الاعتراض على هذا الإيجار حيث لا يكون له أكثر مما لمدينه، فالقاعدة أنه "لا يجوز لأحد أن يدلي لغيره بأكثر مما يملك"(٢).

الفرض الثاني:

أن يؤجر الشريك جزءاً مفرزاً من المال الشائع يعادل حصته، في هذا الفرض يعد الإيجار صحيحاً، ونافذاً، بين طرفيه، لكنه يكون معلقاً على شرط

---

(١) نقض مدني جلسة ١٩٧٧/١٢/٢١، الطعن رقم ٥٨٧ لسنة ٤٣، بند ٣١٦، ص ١٨٤٦، لسنة ٢٨، ج٢، مجموعة أحكام النقض، المكتب الفني.

(٢) د. أيمن سعد، المرجع السابق، ص ٢٤٣، هامش (١)، انظر في هذا المعنى، د. رمضان أبو السعود، العقود المسماة – عقد الإيجار – الأحكام العامة، سنة ١٩٩٩، بند ٦، ص ٦٨.

حصول القسمة بين الشركاء، ووقوع الجزء المفرز في نصيب الشريك المؤجر.

أما إذا لم يتحقق هذا الشرط ووقع في نصيب المؤجر جزء مفرز آخر، فالأصل: أن الإيجـارة هنا لا تنفذ، ولا تنتج أي آثار، ومع ذلك فقد نصت المادة ٢/٨٢٦ مـن القانون المدني المصري أن "**إذا كان التصرف منصباً على جزء مفرز من المـال الشائع ولم يقع هذا الجزء عند القسمة في نصيب المتصرف انتقل حق المتـصرف إليه من وقت التصرف إلى الجزء الذي آل إلى المتصرف بطريق القسمة وللمتصرف إليه، إذا كان يجهل أن المتصرف لا يملك العين المتصرف فيها مفرزة، الحق في إبطال التصرف**"(١).

إذا كان الإيجار وارداً على جزء مفرز من العين يساوي حصة الشريك ووقـع هذا الجزء في نصيبه – صار الإيجار قابلاً للتنفيذ بعد أن أصبح الشيء المؤجر مملوكاً ملكية خاصة للمؤجر فإن وقع الجزء المؤجر في نصيب شريك آخر لم يكن الإيجار بطبيعة الحال نافذاً في حقه – ولكن هل ينتقل حق المستأجر عـندئذ إلى النصيب الذي اختص به الشريك المؤجر ولو أنه غير الجزء الذي اتفـق علـى تأجيـره؟ يرى كثير من الفقهاء حدوث هذا الانتقال تطبيقاً للمادة ٢/٨٢٦ مـن القانـون المدنـي التي تقضي بأنه إذا كان تصرف الشريك على الـشيوع وارداً على جزء مفرز من المال الشائع لم يقع عند القسمة في نصيب المتصرف انتقل حق المتصرف إليه في الجزء الذي آل إلى المتصرف بطريقة القسمة استناداً إلى عموم لفظة "التصرف" التي وردت في النص وانصرافها إلى

---

(١) د. أيمن سعد، المرجع السابق، ص ٢٤٤.

عقـد الإيجـار كما تتصرف إلى العقود الناقلة للملكية ولكن البعض يرى عدم انطباق حكم المادة ٨٢٦ على عقد الإيجار – والرأي الأول أرجح في الفقه(١).

ويرى الدكتور برهام وأن عقد الإيجار يعتبر من عقود الإدارة وليس من التصرفات الناقلة للملك، ولاعتبار عقد الإيجار من عقود الإدارة أهمية خاصة بالنسبة لإجارة المال الشائع، إذ أن المال الشائع يتطلب أغلبية خاصة للتصرف فيه تختلف عن تلك الأغلبية اللازمة لإدارته فالقاعدة هي أن إدارة المال الشائع من حق الشركاء مجتمعين ما لم يوجد اتفاق يخالف ذلك. (م. ٨٢٧ مدني) ولكن المادة ٨٢٨ تتبع هذه القاعدة بنصها سالف الذكر.

ومعنى ذلك أنه في حالة الاختلاف بين الشركاء فتكفي الأغلبية الممثلة لأكثر من نصف الأنصبة لكي تدير الشيء المملوك على الشيوع(٢).

ولكنني أوصي المشرع المصري بمد تطبيق هذا النص صراحة على الإيجار باعتباره تصرفاً قانونياً بالمعنى الواسع للتصرف.

الفرض الثالث:

وإذا قام الشريك المؤجر بإجارة حصته في المال الشائع فقط فإن عقد الإيجار يكون صحيحاً في علاقة أطرافه غير أنه يتعذر على المؤجر تنفيذ

---

(١) د. جميل الشرقاوي، شرح العقود المدنية – عقد الإيجار، القاهرة ١٩٦٩، دار النهضة العربية، بند ١٧، ص ٦٢، ٦٣.

(٢) د. برهام محمد عطا الله الوسيط في قانون إيجار الأماكن، سنة ٨٢، الناشر مؤسسة الثقافة الجامعية، ص ١١٥.

التـزامه بتمكـين المستأجر من الانتفاع وتسليمه العين المؤجرة ولا يكون لهذا المستأجر سوى مشاركة المؤجر انتفاعه بأي جزء من أجزاء العين المؤجرة فلا يكـون له أكثر من حقوق الشريك المؤجر وتستطيع أغلبية الشركاء تأجير المال كلـه ويكـون إيجـارهم نافذاً في حق الشريك المؤجر وفي حق المستأجر منه ويكـون من حق الأخير الرجوع على الشريك المؤجر(1). أما إذا تمت القسمة، فإن المستأجر يتسلم حصة المؤجر المفرزة وينحصر الإيجار فيها(2).

ثالثاً: إذا تعذر وجود أغلبية من الشركاء:

فـإذا لـم تتوافر أغلبية من الشركاء بحسب قيمة الأنصباء لإدارة المال الشائع، بل تعارضت ميولهم واختلفت اتجاهاتهم دون أن تخلص منهم أغلبية، لم

---

(1) د. رمـضان أبو السعود، الموجز في عقد الإيجار، سنة ١٩٩٦، والناشر منشأة المعارف بالإسـكندرية، ص ١٢٩. وراجع أيضاً في هذا المعنى، د. أيمن سعد، المرجع السابق، ص ٢٤٨، ٢٤٩.

(2) د. أيمـن سـعد، المرجع السابق ص ٢٤٩، هامش (٢)، د. الرزاق أحمد السنهوري، الوسـيط، ج٦، ص ٨٨، بـند ٥٢، وقد قضت محكمة النقض المصرية بأنه إذا أجرت شريكة حصتها شائعة في أطيان، وأنابت المستأجر في تسليم هذه الحصة مفرزة بالاتفاق مـع باقي شركائها، وقام المستأجر فعلاً بتسلمها مفرزة، ووضع يده عليها محددة وعلمت الـشريكة بـذلك وأقرته فإنه لا يجوز لها توقيع الحجز التحفظي على نصيبها شائعاً في محصولات جميع الأطيان استناداً إلى عقد الإيجار، لأن حقها في الملكية قد انحصر فيما اختصت به مفرزاً محدداً، ولأن حقها في توقيع هذا الحجز مقيد بما زرعه المستأجر في الحـصة التي اختصت بها، ولأن حق امتيازها مقصور على ما يوجد بهذه الحصة دون غيرها".

نقـض مدني ٧٨ لسنة ١٨ق، جلسة ١٩٥٠/١٠/٢٦، بند ١، ص٩، ج٢، السنة الثانية، مجموعة أحكام النقض، المكتب الفني.

يبق إلا الالتجاء إلى القضاء[1]. فيجوز لأي من الشركاء أن يرفع الأمر إلى المحكمة – الكلية أو الجزئية بحسب النصاب[2] وعلى المحكمة أن تأمر باتخاذ

---

(1) د. السنهوري، الوسيط، ج٨، ص ١٠٩٤، ١٠٩٨، هامش (٢)، وإذا أجر أحد الشركاء جزء مفرز من العين الشائعة يعادل حصته فإنه لا يستطيع تسلم هذا الجزء المفرز إلى المستأجر إذا اعترض الشركاء الآخرون. ويكون الإيجار معلقاً على شرط حصول القسمة بين الشركاء ووقوع الجزء المفرز في نصيب الشريك المؤجر. فإذا وقع جزء مفرز آخر من نصيب الشريك المؤجر فالرأي الغالب في الفقه أن ينتقل الإيجار إليه بحكم الحلول العيني المقرر في التصرف في جزء مفرز من المال الشائع وفقاً للمادة ٢/٨٢٦ مدني.

أما إذا أجر الشريك حصته الشائعة، لا كل العين ولا جزء مفرز منها، ففي هذه الحالة يكون الإيجار صحيحاً، ولكن يتعذر على المؤجر أن يسلم حصته الشائعة للمستأجر. وإلى أن تتم القسمة لا يكون لمستأجر الحصة الشائعة أكثر مما للشريك المؤجر. ويترتب على ذلك أن أغلبية الشركاء يستطيعون إيجار العين كلها ويكون الإيجار نافذاً في حق الشريك المؤجر وفي حق المستأجر منه، ولا يبقى للمستأجر إلا الرجوع على المؤجر. فإذا لم توجد أغلبية جاز للشريك المؤجر، والمستأجر منه عن طريق الدعوى غير المباشرة أن يطلب من المحكمة المختصة أن تتخذ من التدابير ما تقتضيه ضرورة استغلال المال الشائع (م ٨٢٨ مدني)، فتعين المحكمة مديراً يتولى إدارة العين الشائعة وإذا عينته فقد يقر الإيجار الصادر من الشريك المؤجر. أما إذا تمت القسمة، فإن المستأجر يتسلم حصته المؤجرة المفرزة، وينحصر الإيجار فيها. (الوسيط الجزء السادس، الطبعة الثالثة المنقحة، المجلد الأول، فقرة ٤٢، ص ٨٧-٨٨).

(2) د. السنهوري، المرجع السابق، ص ١٠٩٩، هامش (١)، وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي: فإن لم تكن هناك أغلبية وشلت الإدارة بسبب ذلك كان لكل شريك أن يطلب من المحكمة المختصة (ويحسن النص على أن تكون المحكمة الجزئية التي يدخل في دائرتها العقار) أن تعين من يدير المال الشائع من بين الشركاء أو من غيرهم، وتتخذ المحكمة من الإجراءات الوقتية ما تقتضيه ضرورة المحافظة على المال (مجموعة

الإجراءات والتدابير التى تقتضيها الضرورة. فقد تأمر بإيجار الأرض الزراعية لمن يتقدم لاستئجارها بأجرة مناسبة خوفاً من فوات الصفقة، وتندب لذلك أحد الشركاء لإبرام عقد الإيجار. وقد تعين المحكمة عند الحاجة مديراً للمال الشائع من الشركاء أو من غيرهم، ويكون لهذا المدير سلطة الحارس القضائي، فيقوم بأعمال الإدارة المعتادة، ويقدم الحساب للشركاء. وذلك كله إلى أن يعود الشركاء أو أغلبيتهم إلى الاتفاق وعند ذلك يتنحى المدير الذي اختارته المحكمة، أو إلى أن تتم إجراءات قسمة المال الشائع إذا طلب أحد الشركاء القسمة[1].

وإذا أجر أحد الشركاء المال، وعلم بذلك باقيهم فاعترض نفر منهم وسكت الآخرون، فإن ذلك لا يمنع من نفاذ الإيجار في مواجهة الجميع حتى من اعترض مادام المؤجر ومن لم يعترضوا يكونون معاً الأغلبية المطلقة للأنصباء[2].

وقد قضت **محكمة النقض** أن: مفاد المادة ٨٢٨ من القانون المدني أن حق تأجير المال الشائع يثبت للأغلبية المطلقة للشركاء محسوبة على أساس الأنصباء ولا يثبت لأحد المشتاعين بمفرده طالما أنه لا يملك أكثر من نصف الأنصباء[3].

الأعمال التحضيرية ٦، ص ٨٦) ولم يأخذ النص بجعل المحكمة المختصة هي المحكمة الجزئية، فوجب إذن أن تكون المحكمة الجزئية أو المحكمة الكلية بحسب النصاب.

(١) د. السنهوري، المرجع السابق، ص ١٠٩٩.

(٢) د. عبد الفتاح عبد الباقي، دروس الأموال، مطابع دار الكتاب المصري، ص ١٨٣.

(٣) طعن رقم ٣٢٨ لسنة ٤٤ق، بند ٧ في ١٩٧٨/٢/١ ص ٣٧٥، ج١ لسنة ٢٩. مجموعة أحكام النقض، المكتب الفني.

ولمن يملك الأغلبية حق تأجير المال الشائع لأجنبي، أو لأحد الشركاء، وإذا كـان أحد الشركاء مستأجراً للمال الشائع، أو لجزء منه، فعقد الإيجار ينفذ فـي حق جميع الشركاء، إذا كان الشريكان المؤجر والمستأجر يملكان الأغلبية المطلقة للمال الشائع، بأن كان كل منهما مثلاً يملك ثلث المال الشائع[1].

وقـد قضت محكمة النقض أنه "يحق للمالك على الشيوع في العقار أن يستأجره من باقي الملاك أو يستأجر جزء منه، إذ ليس هناك ما يمنعه قانوناً من ذلك[2].

والأغلبـية لا تقـاس بعدد الأشخاص وإنما بقيمة الأنصباء، فقد يتعلق الأمـر بمالـك واحـد تحقـق حصته هذه الأغلبية وقد يملكها أكثر من مالك، والأغلبـية المطلـوبة هي الحصة أو الحصص التي تجاوز قيمتها نصف المال الشـائع، مـن يملـك هذه الأغلبية له كل سلطات المجموع فله بقرارات ملزمة للمجمـوع إدارة المـال مباشرة وتعيين مدير من الملاك أو من الغير أو وضع نظام ثابت للانتفاع والاستغلال هذا الحكم فيه مساس بحقوق الأقلية ولكن تفرضه ضـرورة استمرار الانتفاع بالمال وخصوصاً في حالة عدم الاتفاق بين الملاك والقـول بغيـر ذلـك يعني تدهور قيمة المال أو نقص ثماره لمجرد تعنت أحد المـلاك ولو كان مالكاً لحصة ضئيلة بالنسبة لمجموع المال إلا أن ذلك لا يعني إطـلاق يـد الأغلبـية بحيث تفعل ما تشاء إضراراً بالأقلية، فللأقلية دائماً حق

---

(1) د. أيمن سعد، المرجع السابق، ص ٢٣١.

(2) نقـض مدني، جلسة ١٩٨٨/٤/١٣، الطعن رقم ٨٠٧ لسنة ٥٠ق، بند ١٢٦، ص ٦٥١، لسنة ٣٩، ج١، مجموعة أحكام النقض، المكتب الفني.

الالتجاء إلى القضاء لوقف نفاذ تصرفات الأغلبية إن كانت مبنية على الغش، ولها أن تطالب تعيين حارس قضائي ولها أن تطالب بقسمة مهايأة أو باتخاذ اللازم للقسمة النهائية[1].

وليس للأقلية أن تعترض إلا إذا كانت الأغلبية قد تعسفت في استعمال حقها في الإدارة وراعت مصالحها وأهدرت مصالح الأقلية لاسيما إذا كانت الأغلبية عدداً قليلاً من الشركاء أو كانت شريكاً واحداً فقط[2].

للأغلبية أن تختار مديراً من بين الشركاء أو من غيرهم يتولى أعمال الإدارة المعتادة وحيث تكون أعماله نافذة في حق الجميع وقد ترى الأغلبية أن تضع نظاماً يكفل حسن الإدارة يلتزم به هذا المدير، وفي هذه الحالة يسري هذا النظام على جميع الشركاء وعلى خلفائهم (خلافة عامة أو خاصة)، وكما كان من حق الأغلبية وضع نظام الإدارة فلهذه الأغلبية أيضاً تعديل النظام أو إلغاؤه أو وضع بديلاً عنه[3].

---

(١) د. نعمان محمد خليل جمعة، الحقوق العينية، سنة ١٩٩٩، الناشر دار النهضة العربية، ص ١٦٤.

(٢) د. السنهوري، المرجع السابق، ص ١٠٩٧.

(٣) انظر في هذا المعنى، د. السنهوري، المرجع السابق، بند ٤٩٧، ص ١٠٩٧، ١٠٩٨. وراجع ما ذكره، د. رمضان أبو السعود، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية -- أحكامها ومصادرها، سنة ٢٠٠١، دار المطبوعات الجامعية، ص ٨٨.

وفي جميع الحالات يستطيع كل شريك سواء كان من الأغلبية أو من الأقلية أن يهرب من تحت تحكم الأغلبية في إدارة المال الشائع إدارة معتادة عن طريق طلب قسمة المال الشائع قسمة نهائية[1].

ثانيا: في التقنين المدني الكويتي:

تنص المادة ٨٢١ مدني كويتي على أنه:

"١- لأغلبية الشركاء، على أساس قيمة الحصص، أن تقوم بأعمال الإدارة المعتادة، ولها أن تعين من الشركاء أو من غيرهم مديراً يقوم بهذه الأعمال. ولها أن تضع نظاماً للإدارة.

٢- ويسري ما تتخذه الأغلبية على جميع الشركاء وخلفائهم سواء كان الخلف عاماً أو خاصاً."

تنص المادة ٨٢٢ مدني كويتي على أنه:

"إذا لم تتوفر الأغلبية المنصوص عليها في المادة السابقة، فللمحكمة بناء على طلب أي شريك أن تتخذ من التدابير ما تقتضيه الضرورة أو المصلحة، ولها أن تعين عند الحاجة من يدير المال الشائع."

تنص المادة ٨٢٣ مدني كويتي على أنه:

"إذا تولى أحد الشركاء عملاً من أعمال الإدارة المعتادة ولم تعترض عليه أغلبية الشركاء في وقت مناسب، اعتبر فيما قام به نائباً عن الجميع، فإذا اعترضت الأغلبية لا ينفذ تصرف الشريك في حق باقي الشركاء."

---

(١) انظر في هذا المعنى، د. السنهوري، المرجع السابق، بند ٤٩٧، ص ١٠٩٧، ١٠٩٨، وراجع ما ذكره، د. أيمن سعد، المرجع السابق، ص ٢٣٦.

تعرض نصوص المواد ٨٢١، ٨٢٢، ٨٢٣ لأعمال الإدارة المعتادة وهي التي لا تؤدي إلى إحداث تغييرات أساسية في المال الشائع ولا التعديل في الغرض الذي أعد له، كتأجيره لمدة مألوفة في تأجير مثله أو استغلاله فيما أعد له[1].

وبديهي أنه إذا اتفق الشركاء جميعاً على أي عمل من أعمال الإدارة فاتفاقهم صحيح يلزم الجميع، وكان المنطق القانوني الذي يتفق تماماً مع مبدأ حرية المالك، يقضي موافقة الجميع على كل ما يمكن أن يمس مصالحهم بما في تلك أعمال الإدارة أياً كانت أي سواء كانت إدارة معتادة أو غير معتادة، ولكن نظراً إلى أنه كثيراً ما يتعذر اتفاق الجميع، وبخاصة إذا كثر عدد الشركاء، اكتفى المشرع بالأغلبية متمشياً في ذلك مع اتجاه القوانين الحديثة[2].

وقد استمد المشرع نصوص المواد الثلاثة من القانون المصري (م٨٢٨) الذي استمد بدوره من القانون الإيطالي وقوانين البلاد العربية التي أخذت عن القانون المصري مع بعض التعديلات كما يتضح مما يلي:

(أ) عرضت المادة ٨٢١ كل ما يمكن أن تقوم به الأغلبية التي حددها على أساس قيمة الحصص وهي ما يعني من يملكون أكثر من نصف الحصص، فبعد أن ذكر النص أن لها أن تقوم بأعمال الإدارة المعتادة، والمقصود هو قيامها مباشرة بالأعمال اللازمة للاستغلال ذكر أن لها أن تعين مديراً سواء من الشركاء أنفسهم أو من غيرهم يقوم بهذه الأعمال، كما نص على أن

---

(١) المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الكويتي، المرجع السابق، ص ٥٩٧.

(٢) المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الكويتي، المرجع السابق، ص ٥٩٨.

للأغلبيـــة أن تضع نظاماً للإدارة وهو ما تظهر فائدته بوجه خاص عندما يكـــون القائم بأعمال الإدارة هو المدير، كأن تقرر الأغلبية مثلاً عدم جواز التأجيـــر لأكثـــر مـــن فتـــرة معينة أو على إيداع ريع المال في مصرف معـــين.... الـــخ، ثم عقب النص على بيان ما للأغلبية أن تقوم به، بأن ما تتخذه الأغلبية يسري على جميع الشركاء وخلفائهم سواء كان الخلف عاماً أو خاصـــاً، مـــتفادياً بذلك عيباً في التشريع المصري والتشريعات المنقولة عنه "السوري والليبي والسوداني" الذي أورد الحكم الخاص بالسريان على الخلف مقصوراً على وضع نظام للإدارة، وهو ما لا مبرر له إذ يجب أن يـــسري فـــي حـــق الخلـــف كل ما تقوم به الأغلبية سواء باشرت بنفسها عمـــلاً مـــن أعمـــال الإدارة كالتأجيـــر أو عينت مديراً أو وضعت نظاماً للإدارة[1].

ولـــذلك أوصـــي بأن يسري في حق الخلف كل ما يقوم به الأغلبية في أعمال الإدارة المعتادة سواء باشرت بنفسها هذه الأعمال كالتأجير أو عين مديراً أو وضعت نظاماً للإدارة طبقاً لما هو معمول به في التقنين الكويتي.

وفي هذا قضت محكمة التمييز "النص في الفقرة الأولى من المادة ٨٢١ مـــن القانون المدني على أن أغلبية الشركاء على أساس قيمة الحصص أن تقوم بأعمال الإدارة المعتادة ولها أن تعين من الشركاء أو من غيرهم مديراً يقوم بهذه الأعمـــال..." وفي المادة ٨١٣ من ذات القانون على أنه "إذا تولى أحد الشركاء عمـــلاً مـــن أعمال الإدارة المعتادة ولم تعترض عليه أغلبية الشركاء في وقت

---

(١) المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الكويتي، المرجع السابق، ص ٥٩٨.

مناسب اعتبر فيما قام به نائباً عن الجميع يدل على أنه إذا كان الأمر متعلقاً بأعمال الإدارة المعتادة واتفق من يملكون أغلبية الحصص على تعيين مديراً من بين الشركاء أو من غيرهم يقوم بهذه الأعمال كان هو صاحب الشأن في الإدارة – فإذا لم يعينوا مديراً وقام شريك بمفرده بعمل من أعمال الإدارة دون أن يعترض عليه أغلبية الشركاء في وقت مناسب اعتبر فيما قام به نائباً عن الجميع – ولما كان رافع الدعوى الماثلة بطلب إخلاء الجراج وتسليمه إلى الطاعن تندرج ضمن إدارة المال الشائع، وكان أياً من ورثة المرحوم "..." لم يعترض على انفراد الطاعن برفعها، فإن وإن خالف الحكم المطعون منه هذا النظر وقضى بعدم قبول الدعوى لرافعها من غير أي كامل صفة تأسيساً على أن الطاعن أقام دعواه بصفته الشخصية دون صفته كنائب ولم يدع أن يمثل الأغلبية على أساس قيمة حصته ورتب على ذلك وجوب رفع الدعوى من أغلبية الورثة على أساس قيمة الحصص، فإنه يكون قد خالف القانون وأخطأ في تطبيقه بما يوجب تمييزه[1].

(ب) وقد عرضت المادة ٨٢٢ لحالة ما إذا لم يتفق من تهم أغلبية الحصص، فنص على حق كل شريك في أن يلجأ إلى المحكمة لتنفيذ ما يلزم لمنع تعطيل الانتفاع بالمال الشائع، ولم يقتصر المشرع على ما قرره المشرع المصري مثل أن المحكمة لها أن تتخذ من التدابير ما تقتضيه الضرورة

---

(١) مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة التمييز عن المدة من ١٩٩٢/١/١ حتى ١٩٩٦/١٢/٣١ في المواد التجارية والمدنية والأحوال الشخصية والعمالية، القسم الثالث، المجلد الثالث، (الطعن رقم ٩٢/١٣٣ تجاري جلسة ١٩٩٣/٢/٧)، ص ٦٢-٦٣.

(م ٨٢١/١) وإنما أضاف إلى ذلك ما تقتضيه المصلحة. فللمحكمة إذا وجد مستأجر يعرض الاستئجار بأجر مناسب أن تقرر التأجير. ولها أن تعين من يدير المال الشائع إذا كانت الظروف تبرر ذلك[١].

(ج) وقد عرضت المادة ٨٢٣ لحالة ما إذا قام الشريك بمفرده بعمل من أعمال الإدارة، فإذا لم يعترض من يملكون أغلبية الحصص، وهم أصحاب الحق في أعمال الإدارة المعتادة، في وقت مناسب، كان الشريك فيما قام به نائباً عن الجميع. أما إذا اعترض من لهم أغلبية الحصص في وقت مناسب فسيكون ما قام به الشريك غير نافذ في حق سائر الشركاء، من اعترض منهم ومن لم يعترض. وهذا النص يختلف عن النص المصري والنصوص التي نقلت عنه من النواحي الآتية[٢]:

أولاً: نص المشرع على أنه إذا تولى أحد الشركاء عملاً من أعمال الإدارة "دون اعتراض من الأغلبية" في حين أن النص المصري يقول "دون اعتراض من الباقين" مما يوحي أن المقصود هو دون اعتراض من أي شريك آخر، والواقع أنه لو اعترض البعض ولم يعترض البعض الآخر، وكان الذين لم يعترضوا يملكون أغلبية الحصص أي يملكون الإدارة، فافتراض موافقتهم، وهو الأساس الذي يقوم عليه حكم النص، يكفي لجعل تصرف الشريك نافذاً كما لو كان قد صدر من الأغلبية[٣].

---

(١) المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الكويتي، المرجع السابق، ص ٥٩٨، ٥٩٩.

(٢) المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الكويتي، المرجع السابق، ص ٥٩٩.

(٣) المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الكويتي، المرجع السابق، ص ٥٩٩.

---

(١) د. عبد الناصر العطار، شرح أحكام حق الملكية، ١٩٩٧، ص ١٠٢، ١٠٣.

(٢) د. محمد شريف عبد الرحمن، المرجع السابق، ص ٤٥٤، ٤٥٥.

المطلب الثاني

سلطة الأغلبية في القيام بأعمال الإدارة غير المعتادة

التقنين المدني المصري:

أعمال الإدارة غير المعتادة هي تلك التي تقتضي تغييراً أساسياً أو

وقد قضت محكمة النقض المصرية تطبيقاً لذلك بأن "المالك لحصة مقدارها ثلاثة أرباع الأرض الشائعة له الحق في إدخال تغييرات أساسية في الغرض الذي أعدت له هذه الأرض في سبيل تحسين الانتفاع بها وفقاً لأحكام المادة ٨٢٩ من القانون المدني، ويكون البناء الذي يقيمه على نفقته لتحقيق هذا الغرض داخلاً في حدود حقه في إدارة المال الشائع، وهو يباشر هذا الحق بوصفه أصيلاً عن نفسه ونائباً عن مالك الربع الباقي، وتكون إجارته نافذة في حق هذا المالك، كما يكون له الحق في قبض الأجرة، واقتضاء التعويض الناشئ عن تلف البناء لحساب جميع الشركاء"[1].

وإن كان المشرع قد قرر هنا لأغلبية الشركاء الذين يملكون على الأقل ثلاثة أرباع المال الشائع، أن يقرروا ما يرونه ويخرج عن حدود الإدارة المعتادة، فإنه بضع ضمانات تحمي مصالح الأقلية المعارضة لقرار الأغلبية السابقة فيلزم لكي ينفذ قرار الأغلبية أن يعلن إلى باقي الشركاء الذين لم يوافقوا على التعديلات التي تراها الأغلبية، ويكون من خالف من الشركاء حق الرجوع إلى المحكمة خلال شهرين من وقت إعلانه بقرار الأغلبية (م ٢/٨٢٩)[2].

وقد نصت المادة (٢/٨٢٩) مدني على ما يأتي:

"٢- وللمحكمة عند الرجوع إليها، إذا وافقت على قرار تلك الأغلبية، أن تقرر مع هذا ما تراه مناسباً من التدابير، ولها بوجه خاص أن تأمر بإعطاء المخالف من الشركاء كفالة تضمن الوفاء بما قد يستحق من التعويضات".

---

(١) نقض مدني جلسة ١٩٧١/٣/١٨، الطعن رقم ٢١٠ لسنة ٣٦ق، بند ٥٢، ص ٣٢٣، ج١، لسنة ٢٢، مجموعة أحكام محكمة النقض، المكتب الفني.

(٢) في هذا المعنى، د. السنهوري، المرجع السابق، ص ١٠٤١، وراجع ما ذكرته د. نبيلة رسلان، المرجع السابق، ص ٤٤٦، ٤٤٧.

(م ١/٨٢١) وإنما أضاف إلى ذلك ما تقتضيه المصلحة. فللمحكمة إذا وجد مستأجر يعرض الاستئجار بأجر مناسب أن تقرر التأجير. ولها أن تعين من يدير المال الشائع إذا كانت الظروف تبرر ذلك[١].

(ج) وقد عرضت المادة ٨٢٣ لحالة ما إذا قام الشريك بمفرده بعمل من أعمال الإدارة، فإذا لم يعترض من يملكون أغلبية الحصص، وهم أصحاب الحق في أعمال الإدارة المعتادة، في وقت مناسب، كان الشريك فيما قام به نائباً عن الجميع. أما إذا اعترض من لهم أغلبية الحصص في وقت مناسب فيكون ما قام به الشريك غير نافذ في حق سائر الشركاء، من اعترض منهم ومن لم يعترض. وهذا النص يختلف عن النص المصري والنصوص التي نقلت عنه من النواحي الآتية[٢]:

أولاً : نص المشرع على أنه إذا تولى أحد الشركاء عملاً من أعمال الإدارة "دون اعتراض من الأغلبية" في حين أن النص المصري يقول "دون اعتراض من الباقين" مما يوحي أن المقصود هو دون اعتراض من أي شريك آخر، والواقع أنه لو اعترض البعض ولم يعترض البعض الآخر، وكان الذين لم يعترضوا يملكون أغلبية الحصص أي يملكون الإدارة، فافتراض موافقتهم، وهو الأساس الذي يقوم عليه حكم النص، يكفي لجعل تصرف الشريك نافذاً كما لو كان قد صدر من الأغلبية[٣].

---

(١) المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الكويتي، المرجع السابق، ص ٥٩٨، ٥٩٩.

(٢) المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الكويتي، المرجع السابق، ص ٥٩٩.

(٣) المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الكويتي، المرجع السابق، ص ٥٩٩.

وأوصى بأن يحذو المشرع المصري حذو المشرع الكويتي في جعل الاعتراض من الأغلبية عند قيام شريك بعمل من أعمال الإدارة المعتادة ولا يكون كما هو منصوص عليه بأن يكون الاعتراض من الباقين لأن ذلك يعني أن أحد الشركاء يمكن أن يعترض فيوقف العمل رغم موافقة الأغلبية عليه.

ثانياً: وفقاً لنص المادة ٨٢٣ فإن اعتبار الشريك الذي قام بالعمل ولم يعترض من يملكون الأغلبية، نائباً عن الجميع فيما قام به.

وفي هذا قضت **محكمة التمييز** المادة ٥٧٦ من القانون المدني تنص على أنه "لا يجوز للمؤجر أن يتعرض للمستأجر في استيفائه المنفعة طوال مدة الإيجار..." وتنص المادة ٨٢٣ منه على أنه "إذا تولى أحد الشركاء عملاً من أعمال الإدارة المعتادة ولم تعترض عليه أغلبية الشركاء في وقت مناسب، اعتبر فيما قام به نائباً عن الجميع..." ومفاد هذين النصين أنه إذا تولى أحد الشركاء في ملكية مال شائع عملاً من أعمال الإدارة ومنها الإيجار دون اعتراض من أغلبية شركائه في وقت مناسب اعتبر فيما قام به نائباً عن الجميع فينصرف كل ما يترتب على ذلك العمل من آثار مباشرة إلى هؤلاء بمقتضى تلك النيابة التي افترضها القانون، مما مؤداه أنه إن أجر أحد الشركاء المال الشائع كان هو وكل من باقي الشركاء ملتزماً بعدم التعرض للمستأجر في استيفائه منفعة العين المؤجرة وهو التزام غير قابل للانقسام، إذ يجب على كل منهم الامتناع عن التعرض للمستأجر لا في حصته في ملكية العين المؤجرة فحسب بل في كل العين، بحيث إذا تعرض أحدهم للمستأجر كان لهذا أن يرجع عليه بالضمان

كاملاً وذلك استناداً إلى قاعدة أن التزام المؤجر بالضمان لا يقبل الانقسام[1] وفي هـذا يخـتلف النص الكويتي عن النص المصري والنصوص المنقولة عنه من وجهين[2]:

الـوجه الأول: أن المشرع يعتبر الشريك نائباً في حين أن النص المصري يعتبـره وكيلاً وهذا التعديل يؤدي إلى تفادي صعوبة يثيرها النص المصري تتعلق بالمدة التي يسري فيها الإيجار الذي يعقده الشريك، فاعتبار الشريك وكيلاً يدعو إلى التساؤل عن أثر عدم الاعتراض وقيل – في رأي – أنه دليل على وجود وكالة سابقة ومن ثم لا ينفذ الإيجـار إلا للمـدة التي تدخل في سلطة الوكيل وقيل – في رأي آخـر – أن عـدم الاعتـراض يعتبر إقرار من الأغلبية لما قام به الـشريك وبالتالي ينفذ الإيجار في كل مدته ولو جاوزت المدة التي يملـك الوكيل التأجير فيها. والواقع أن الذي أدى إلى هذا الخلاف فـي الـرأي هو النص على اعتبار الشريك وكيلاً وهو ما يخالف جوهر فكرة الوكالة وهي أنها عقد يتم بالإرادة، والواقع أن الشريك يعتبر نائباً بحكم القانون وتبقى مسألة المدة التي يسري فيها الإيجار

---

(١) مجمـوعة القـواعد القانونـية التي قررتها محكمة التمييز، عن المدة ١٩٩٢/١/١ حتى ١٩٩٦/١٢/٣١ فـي المـواد التجارية والمدنية والأحوال الشخصية والعمالية، القسم ٣، المجلد ٣، ص ٦٠٣، (الطعنان ٩٣/٣٤/٣١ مدني جلسة ١٩٩٤/٥/٢).

(٢) المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الكويتي، المرجع السابق، ص ٥٩٩.

والـرأي فيها في ظل النص المقترح هو أن العبرة بكون الإيجار لمدة يعتبر معها عملاً من أعمال الإدارة المعتادة أم لا[1].

الـوجه الثاني: أن النص المقترح حرص على أن يذكر أن الشريك يعتبر نائبـاً "فيما قام به" في حين أن النص المصري يقول "عد وكيلاً عـنهم" الأمر الذي قد يظن معه أن النيابة تمتد إلى أعمال أخرى وهو غير مقبول ويجب أن تقتصر النيابة على العمل الذي تم دون اعتراض[2].

ثالثـاً: لـم ينظم المشرع المصري الاعتراض لا من حيث الوقت الذي يتضح فـيه وجـود اعتراض أو عدم وجوده ولا من حيث أثر الاعتراض إن وجد[3].

ويجـب علـى المشرع المصري أن يأخذ بما جاء به المشرع الكويتي وذلـك مـن حـيث تحديد موعد الاعتراض بأن يكون مناسباً وأن تترك تقدير المناسـبة للقاضـي على ضوء الظروف المختلفة، وكذلك من حيث تحديد أثر الاعتراض إن وجد وهو عدم نفاذ ما قام به شريك في حق غيره من الشركاء.

والحكمة من ذلك هو عدم ترك الأمر دون تحديد موعد له حتى لا تطول مـدة الاعتراض وتستقر الأمور على وضع غير مقبول بالنسبة للأغلبية حفاظاً على استقرار المعاملات بالإضافة إلى أن الاعتراض لابد أن يكون له أثر وهو

---

(١) المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الكويتي، المرجع السابق، ص ٦٠٠.

(٢) المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الكويتي، المرجع السابق، ص ٦٠٠.

(٣) المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الكويتي، المرجع السابق، ص ٦٠٠.

عـــدم نفاذ ما قام به الشريك منفرداً في حق غيره من الشركاء وهو ما لم يذكره الـــنص المصري، فقد ذكر أن الاعتراض يجب أن يكون في وقت مناسب تاركاً تقديـــر المناسبة للقاضي على ضوء الظروف المختلفة، كما ذكر النص أن أثر الاعتراض هو عدم نفاذ ما قام به الشريك في حق غيره من الشركاء.

المطلب الثاني
سلطة الأغلبية في القيام بأعمال الإدارة غير المعتادة

التقنين المدني المصري:

أعمال الإدارة غير المعتادة هي تلك التي تقتضي تغييراً أساسياً أو تعديلاً في الغرض الذي أعد له المال، كإعادة بناء منزل لجعله صالحاً للاستعمال، أو تحويل أرض زراعية إلى أرض معدة للاستغلال الصناعي[1] ومن أمثلتها إذا كان المال الشائع أرضاً مشتركة: البناء في الأرض الزراعية إذا كانت تصلح لذلك بالنسبة لموقعها، أو إقامة منزل فيها لإقامة من يزرعها، ومنها أيضاً إقامة بناء على أرض فضاء تدخل في سياج المدينة ومنها أيضاً: تحويل أرض زراعية إلى أرض يقام عليها مصانع للاستغلال الصناعي، أو تحويل الأرض الزراعية من أرض للمحصولات العادية كالقطن والقمح والأرز إلى أرض مشجرة تغرس فيها أشجار الفواكه المختلفة، أو تزرع فيها الزهور، أو النباتات الطبية[2].

إن أعمال الإدارة غير المعتادة نظراً لخطورتها تتطلب موافقة أغلبية خاصة هي أغلبية من يملكون ثلاثة أرباع المال الشائع، كما أن رأي هذه

---

(١) انظر في هذا المعنى: د. السنهوري، المرجع السابق، ص ١١٠٣، د. إسماعيل غانم، المرجع السابق، ص ١٣٢، وراجع ما ذكرته د. نبيلة رسلان، المرجع السابق، ص ٤٤٦.

(٢) د. أيمن سعد، المرجع السابق، ص ٥٠، هامش (٢)، د. السنهوري، المرجع السابق، بند ٥٠، ص ١١٠٣.

الأغلبية الخاصة غير ملزم للأقلية ابتداء، إذ يكون على هذه الأغلبية أن تعلن قراراتها للأقلية التي يكون لها أن تتظلم منه أمام المحكمة[1].

وتنص المادة ٨٢٩/١ أن "للشركاء الذين يملكون على الأقل ثلاثة أرباع المال الشائع، أن يقرروا في سبيل الانتفاع بهذا المال من التغيرات الأساسية والتعديل في الغرض الذي أعد له ما يخرج عن حدود الإدارة المعتادة على أن يعلنوا قراراتهم إلى باقي الشركاء. ولمن خالف من هؤلاء حق الرجوع إلى المحكمة خلال شهرين من وقت الإعلان".

من هذا النص أن القيام بأعمال الإدارة غير المعتادة يكون في حاجة إلى موافقة أغلبية معينة من الشركاء، ليست هي الأغلبية المطلقة (أي ما يزيد عن النصف على أساس قيمة الأنصباء) بل هي أغلبية أكبر من ذلك تقتضيها خطورة أعمال الإدارة غير المعتادة، وتتحدد بأنها أصوات الشركاء الذين يملكون على الأقل ثلاثة أرباع المال الشائع، فإن كان من يتولى إدارة المال الشائع هو أحد الشركاء ويملك ثلث أو ربع المال الشائع، أو يملك نصف المال الشائع، فإنه يكون في حاجة إلى موافقة شركاء آخرين معه بحيث يكون عدد الموافقين توازي حصصهم ثلاثة أرباع المال الشائع أو أكثر من ذلك، وإذا كان من يتولى إدارة المال الشائع يملك وحده ثلاثة أرباع المال الشائع كان له وحده أن يقوم بأعمال الإدارة المعتادة وأعمال الإدارة غير المعتادة على السواء[2].

---

(١) د. عبد الناصر العطار، شرح أحكام حق الملكية، ١٩٩٧، ص ١٠٢، ١٠٣.

(٢) د. محمد شريف عبد الرحمن، المرجع السابق، ص ٤٥٤، ٤٥٥.

وقد قضت محكمة النقض المصرية تطبيقاً لذلك بأن "المالك لحصة مقدارها ثلاثة أرباع الأرض الشائعة له الحق في إدخال تغييرات أساسية في الغرض الذي أعدت له هذه الأرض في سبيل تحسين الانتفاع بها وفقاً لأحكام المادة ٨٢٩ من القانون المدني، ويكون البناء الذي يقيمه على نفقته لتحقيق هذا الغرض داخلاً في حدود حقه في إدارة المال الشائع، وهو يباشر هذا الحق بوصفه أصيلاً عن نفسه ونائباً عن مالك الربع الباقي، وتكون إجارته نافذة في حق هذا المالك، كما يكون له الحق في قبض الأجرة، واقتضاء التعويض الناشئ عن تلف البناء لحساب جميع الشركاء"(١).

وإن كان المشرع قد قرر هنا لأغلبية الشركاء الذين يملكون على الأقل ثلاثة أرباع المال الشائع، أن يقرروا ما يروه ويخرج عن حدود الإدارة المعتادة، فإنه يضع ضمانات تحمي مصالح الأقلية المعارضة لقرار الأغلبية السابقة فيلزم لكي ينفذ قرار الأغلبية أن يعلن إلى باقي الشركاء الذين لم يوافقوا على التعديلات التي تراها الأغلبية، ويكون من خالف من الشركاء حق الرجوع إلى المحكمة خلال شهرين من وقت إعلانه بقرار الأغلبية (م ٢/٨٢٩)(٢).

وقد نصت المادة (٢/٨٢٩) مدني على ما يأتي:

"٢- وللمحكمة عند الرجوع إليها، إذا وافقت على قرار تلك الأغلبية، أن تقرر مع هذا ما تراه مناسباً من التدابير، ولها بوجه خاص أن تأمر بإعطاء المخالف من الشركاء كفالة تضمن الوفاء بما قد يستحق من التعويضات."

---

(١) نقض مدني جلسة ١٩٧١/٣/١٨، الطعن رقم ٢١٠ لسنة ٣٦ق، بند ٢، ص ٣٢٣، ج١، لسنة ٢٢، مجموعة أحكام محكمة النقض، المكتب الفني.

(٢) في هذا المعنى، د. السنهوري، المرجع السابق، ص ١١٠٤. وراجع ما ذكرته د. نبيلة رسلان، المرجع السابق، ص ٤٤٦، ٤٤٧.

ووفقاً لهذا النص تستطيع المحكمة المختصة عند تظلم أحد من الأقلية إليها أن تختار واحداً من حلول ثلاثة:

أولاً: يمكنها أن تلغي قرار الأغلبية، وتستجيب لتظلم المعترض من الأقلية، وعندئذ، يجب على الأغلبية الامتناع عن تنفيذ ما اعتزمت القيام به من أعمال الإدارة غير المعتادة، وإذا كانت الأغلبية قد شرعت في تنفيذ هذه الأعمال فللمحكمة أن تقضي بإزالة ما يكون قد تم تنفيذه على نفقة الشركاء الموافقين، كل بقدر نصيبه، وإعادة الحال إلى ما كانت عليه[1].

ثانيا: يمكنها أن ترفض تظلم الأقلية، وتوافق على قرار الأغلبية دون اتخاذ أي تدبير، وعندئذ، يحق للأغلبية تنفيذ ما قررت القيام به من أعمال الإدارة غير المعتادة، وينفذ هذا العمل في حق جميع الشركاء. إلا أن إقرار المحكمة للأغلبية في هذه الحالة لا يعفيها، وفقاً للمادة ٢/٨٢٩، من المسئولية عن تعويض الضرر الذي يحدث للأقلية إذا لم يؤت تنفيذ هذا العمل ثماره المرجوة، فالأغلبية في جميع الأحوال تقوم بأعمال الإدارة غير المعتادة تحت مسئوليتها[2].

ثالثا: يمكنها أن توافق على قرار الأغلبية، وترفض تظلم الأقلية، ولكن مع اتخاذ ما تراه مناسباً من التدابير للمحافظة على حقوق الأقلية. كما لو رأت إعطاء الشريك المتظلم كفالة عينية، أو شخصية، تضمن الوفاء بما

---

(١) د. أيمن سعد، المرجع السابق، ص ٢٥٤، عن د. عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، بند ١٢٠، ص ١٨٥.

(٢) د. أيمن سعد، المرجع السابق، ص ٢٥٤.

قد يستحق من التعويضات عن الأضرار التي تلحق به إذا قامت الأغلبية بتنفيذ قرارها، ولم تؤت ثماره المرجوة، وترتب عليه خسارة[1].

والمحكمة المختصة لا تملك عند تظلم الأقلية إليها أن تعدل في قرار الأغلبية، بغير موافقة تلك الأغلبية فليس لها مثلاً أن تفرض على الشركاء القيام بعمل من أعمال الإدارة غير المعتادة غير ما اقترحته الأغلبية، وإلا تكون قد قضت بأكثر مما طلب منها، فيتعرض حكمها للنقض، حتى لو كان تعديلها يؤدي إلى تحسين الانتفاع بالمال الشائع، والسبب في ذلك أن الأغلبية تنفذ قرارها على مسئوليتها، ومن ثم يجب أن يكون القرار نابعاً من إرادتها غير مفروض عليها من جهة أخرى حتى لو كانت القضاء[2].

والأغلبية عند قيامها بتنفيذ عمل من أعمال الإدارة غير المعتادة إنما تباشره باعتبارها أصيلة عن نفسها، ونائبة عن الأقلية، ومن ثم تطبق أحكام النيابة القانونية على العلاقة بينهما[3].

وقد قضت محكمة النقض تطبيقاً لذلك أن:

١- تخول المادة ٨٢٩ من القانون المدني للشركاء الذين يملكون على الأقل ثلاثة أرباع المال الشائع أن يقرروا في سبيل تحسين الانتفاع بهذا المال

---

(١) د. أيمن سعد، المرجع السابق، ص ٢٥٤، هامش (٢)، د. محمود وحيد سوار، حق الملكية، في ذاته في القانون المدني، بند ١١٢، ص ١٢٣، الكتاب الأول، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، ١٩٩٧.

(٢) د. أيمن سعد، المرجع السابق، ص ٢٥٥، هامش (٢)، د. عبد الناصر العطار، شرح أحكام الملكية، ١٩٩٦، بند ٤٣، ص ١٠٣، هامش (٩).

(٣) د. أيمن سعد، المرجع السابق، ص ٢٥٥.

من التغيرات الأساسية والتعديل من الغرض الذي أعد له ما يخرج عن حـدود الإدارة المعـتادة مما مفاده أن ما تجريه الأغلبية من تغيير أو تعديل يدخل وفقاً لهذه المادة في ما تملك من أعمال الإدارة غير المعتادة وينفذ في حق الأقلية ما لم تقرها المحكمة المختصة على ما قد يثير من اعتراض.

٢- أن ما تباشره الأغلبية في المال الشائع من تغيرات أساسية، وتعديل في الغـرض يخـرجه من أعمال الإدارة المعتادة، إنما تباشره – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – أصيلة عن نفسها ونائبة عن غيرها من الـشركاء، فـإن هـي شادت من مالها على العقار الشائع بناء كما في الدعـوى الماثلة، ملكت الأقلية فيه وفيما يغل منذ إنشائه ولو لم تفي في حينه بما عليها من نفقاته فذلك حق شخصي للأغلبية تسترده مع الفائدة مـن وقت الإنفاق، وفقاً لما يخضع له من أحكام الوكالة ولا ينشأ على وجه التقابل أو التبادل مع حق الأقلية المدينة في التملك وثماره، فالحقان يختلفان مصدراً وأثراً، ولا يرتبطان بما يجعل أحدهما يزول بقيام الآخر أو يقـوم بزواله، وقد تسوغ المقاصة بشروطها بين ما للأقلية من ريع ومـا عليها من دين الإنفاق وفائدته مما لا يثور في خصوص الدعوى، لصيرورة الدين وفوائده أمراً مقضياً بحكم سابق وسداد حاصل[1].

(١) نقض مدني جلسة ١٩٧٨/١٢/١٣، الطعن رقم ١٩ لسنة ٤٦ق، بند ٣٦٩، ص ١٩١٢، ١٩١٣، مجموعة المكتب الفني السنة التاسعة والعشرون، ج٢.

أما في الحالة الثانية إذ أقرت المحكمة رأي الأغلبية فإن لها أن تقرر ما تــراه من تدابير لدرء الضرر عن المخالفين ولها بوجه خاص أن تأمر بإعطاء المخالـف من الشركاء كفالة تضمن الوفاء بما قد يستحق من تعويضات إذا ما لحقهم ضرر من جراء تنفيذ القرار الذي أصدرته الأغلبية[1].

التقنين المدني الكويتي:

وتنص المادة (٨٢٤) مدني كويتي على أنه:

١- للـشركاء الذين يملكون على الأقل ثلاثة أرباع المال الشائع أن يقرروا في سبيل تحسين الانتفاع بهذا المال من التغييرات الأساسية والتعديل في الغــرض الذي أعد له ما يجاوز الإدارة المعتادة على أن يخطروا باقي الـشركاء بذلك القرار كتابة قبل إحداث التغيير أو التعديل، ولمن خالف مــن هؤلاء حق الرجوع إلى المحكمة باعتراضه خلال ثلاثين يوماً من وقت الإخطار.

٢- وللمحكمــة إذا اعــتمدت قــرار الأغلبـــية أن تقرر ما تراه مناسباً من التدابير.

بعد أن عرض المشرع في المواد السابقة لأعمال الإدارة المعتادة عرض فـــي المادة (٨٢٤) لأعمال الإدارة غير المعتادة وهي التي تقتضي إحداث تغيير أساسي في المال الشائع أو التعديل في الغرض الذي أعد له كالبناء في الأرض

---

(١) د. نبـيلة رسـلان، المرجع السابق، ص ٤٤٦، ٤٤٧، هامش (١)، الأعمال التحضيرية ج ٦، ص ٩٢. وراجــع أيـضاً فـي هــذا المعنـى، د. توفيق فرج، المرجع السابق، ص ٢٢٤.

أو هدم جزء من البناء لإعادة بنائه على شكل آخر أو تحويل المبنى المعد للسكنى إلى فندق أو تحويل الأرض المعدة للزراعة إلى غرض آخر. وحكم النص مستمد من القانون المدني المصري الذي أخذت به بعض قوانين البلاد العربية الأخرى (السوري - والليبي - والسوداني والأردني والصومالي والجزائري والعراقي) مع بعض التعديلات[1].

وحكم الفقرة الأولى مماثل لحكم القانون المصري فيما عدا أن المشرع صرح بأن يكون الإخطار "قبل إحداث التغيير أو التعديل" زيادة في إيضاح أن الأغلبية لا تملك ابتداء إلا اتخاذ القرار أما تنفيذه فلا يكون إلا بعد أن تنقضي مدة اعتراض الأقلية دون أن يعترض أحد منهم أو بعد أن تفصل المحكمة وتوافق على القرار. كما نص المشرع على أن يكون الإخطار بقرار الأغلبية كتابة حسماً للمنازعة في مسألة حصول الإخطار أو عدم حصوله كما نص المشرع على أن تكون مدة الاعتراض ثلاثين يوماً بدلاً من شهرين كما هو نص القانون المصري[2].

أما الفقرة الثانية من النص فتعرض لسلطة المحكمة إذا اعترض أحد الشركاء من الأقلية على قرار الأغلبية وبديهي أن المحكمة لها أن تحكم بعدم جواز إجراء التغيير أو التعديل الذي قررته الأغلبية إذا تبين لها أنه لا يؤدي إلى تحسين الانتفاع بالشيء كما لها أن تعتمد القرار كما هو دون أي قيد ولها، كما ينص المشرع على أن توافق على قرار الأغلبية وتقرر مع الموافقة ما تراه مناسباً من التدابير، ولم ينقل المشرع ما نص عليه القانون المصري والقوانين

---

(١) المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الكويتي، المرجع السابق، ص ٦٠١.

(٢) المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الكويتي، المرجع السابق، ص ٦٠١.

العربية الأخرى التي نقلت عنه من أن للمحكمة "بوجه خاص أن تأمر بإعطاء المخالف من الشركاء كفالة تضمن الوفاء بما قد يستحق من التعويضات لأن هذه العبارة قد تفهم على معنى أن المحكمة بعد أن توازن بين مبررات قرار الأغلبية ووجه اعتراض من اعترض قد توافق على القرار وهي تقدر في الوقت نفسه احتمالاً أن يكون ضاراً فلا تحسم مسألة ملاءمة القرار أو عدم ملاءمته وإنما تحكم على مسئولية الأغلبية وتكون الكفالة لضمان ما قد تستحق للمخالف من تعويضات بسبب أن القرار نفسه كان ضاراً"[1].

وأحكام التقنين الكويتي تتفق مع أحكام التقنين المصري فيما عدا:

١- مدة الاعتراض في التقنين الكويتي ثلاثون يوماً بينما هي في التقنين المصري شهرين.

٢- اشترط التقنين الكويتي أن يكون إعلان قرار الأغلبية الخاصة كتابة بينما لا يشترط التقنين المصري ذلك.

٣- لم ينص التقنين الكويتي على جواز أمر المحكمة بإعطاء المخالف من الشركاء كفالة بينما نص التقنين المصري على ذلك[2].

٤- يشترط القانون المدني الكويتي أنه يتم إخطار الأقلية بقرار الأغلبية قبل إحداث التغيير أو التعديل وذلك مخالفاً للقانون المصري، وذلك زيادة في إيضاح أن رأي الأغلبية يكون في التغيير أو التعديل فقط وليس في تنفيذه إلا بعد انقضاء مدة الاعتراض المقررة قانوناً للأقلية.

---

(١) المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الكويتي، المرجع السابق، ص ٦٠١، ٦٠٢.

(٢) د. السنهوري، المرجع السابق، ص ١١٠٢، وما قبلها، هامش (١).

المبحث الثاني
سلطة القاضي في إدارة المال الشائع إدارة معتادة
في القانون المدني المصري والكويتي

سوف نقوم بعرض سلطة القضاء في إدارة المال الشائع إدارة معتادة في كل من التقنين المدني المصري والتقنين المدني الكويتي مع بيان أوجه التشابه والاختلاف في كلا التقنينين وذلك على النحو الآتي:

المطلب الأول
التقنين المدني المصري

تنص م ١/٨٢٨ من القانون المصري على أنه:

"ما يستقر عليه رأي أغلبية الشركاء في أعمال الإدارة المعتادة يكون ملزماً للجميع، وتحسب الأغلبية على أساس قيمة الأنصباء، فإن لم تكن ثمة أغلبية فللمحكمة بناء على طلب أحد الشركاء أن تتخذ من التدابير ما تقتضيه الضرورة ولها أن تعين عند الحاجة من يدير المال الشائع".

والذي يهمنا في هذا المقام هو الشق الثاني من هذه الفقرة والذي ينص **"فإن لم يكن ثمة أغلبية فللمحكمة بناء على طلب أحد الشركاء أن تتخذ من التدابير ما تقتضيه الضرورة، ولها أن تعين عند الحاجة من يدير المال الشائع"**. حيث يتطرق إلى سلطة المحكمة في إدارة المال الشائع.

نطاق سلطة المحكمة المختصة في إدارة المال الشائع:

وفقاً لنص المادة ٨٢٨/١ وبخصوص الشق الأخير منها السابق الإشارة إليه، أنه إذا تعذر توافر الأغلبية المطلقة على أساس قيم الأنصباء على إدارة المال الشائع إدارة معتادة، كأن ينقسم المال الشائع مناصفة بين شريكين ويتعذر اتفاقهما على الإدارة المعتادة، في هذه الحالة، وفي غيرها يستطيع كل مالك مشتاع، أياً كان مقدراً حصته، أن يطلب من المحكمة المختصة اتخاذ التدابير اللازمة التي تقتضيها الضرورة، والمقصود بالتدابير التي تقتضيها الضرورة في هذا الصدد: أعمال الإدارة المعتادة التي لا يمكن تأجيلها، أو التي يترتب على تأجيلها إلحاق ضرر جسيم بالمال الشائع، أو بمصلحة الشركاء، ومثالها بيع المحصول عن الأرض المشتركة خشية تلفه، أو استئجار مخزن لحفظ المحصول من الأرض المشتركة خشية تلفه، ويترك لقاضي الموضوع سلطة مطلقة في تقدير توافر حالة الضرورة، وفي اختيار عمل الإدارة المعتادة الذي يناسبها[١].

ونرى مع ما ذهب إليه صاحب هذا الرأي أن المحكمة المختصة لا تستطيع في هذه الحالة سوى القيام بأعمال الإدارة المعتادة، وليس من سلطتها القيام بأعمال الإدارة غير المعتادة، وكذلك ليس لها قسمة المال الشائع مهايأة، أياً كان نوع المهايأة، وذلك لأن سلطة المحكمة في اتخاذ التدابير التي تقتضيها الضرورة رهن بتعذر اتفاق الأغلبية المطلقة على أساس قيم الأنصباء في القيام بأعمال الإدارة المعتادة وفقاً لسياق المادة ٨٢٨/١[٢].

---

(١) انظر في هذا المعنى: د. نبيلة رسلان، المرجع السابق، ص ٤٤٥، ٤٤٦. وراجع ما ذكره د. أيمن سعد، المرجع السابق، ص ٢٦٥، ٢٦٦.

(٢) د. أيمن سعد، المرجع السابق، ص ٢٦٦.

وأرى أيضاً مع ما ذهب إليه صاحب هذا الرأي: أن المحكمة المختصة لا تستطيع وفقاً لنص المادة ١/٨٢٨ عند تعذر اتفاق الأغلبية على القيام بأعمال الإدارة المعتادة أن تتخذ من التدابير ما تقتضيه المصلحة، مثل: تأجير المال الشائع لمن يتقدم لاستئجاره بأجرة مناسبة وذلك لأن النص صريح في قصر سلطتها على اتخاذ التدابير التي تقتضيها الضرورة، مع أن هذا التضييق من المشرع لسلطة المحكمة المختصة في إدارة المال الشائع إدارة معتادة من شأنه أن يعطل هذه الإدارة، في حالات كثيرة، يتعذر فيها الحصول على الأغلبية اللازمة لإدارة المال الشائع، وتقتضي المصلحة إدارته بواسطة القضاء. ولذا أوصي المشرع المصري تعديل هذا النص وتوسيع سلطة المحكمة المنصوص عليها في المادة ١/٨٢٨ عند تعذر توافر الأغلبية، بحيث لا تقتصر هذه السلطة على اتخاذ التدابير التي تقتضيها الضرورة، بل تشمل التدابير التي تقتضيها المصلحة، وهو ما أخذ به مشروع القانون المدني المصري طبقاً لأحكام الشريعة الإسلامية في نص المادة ٢/٨٣١ والذي نصه: "**فإذا لم تتوفر الأغلبية فللمحكمة بناء على طلب أحد الشركاء: أن تتخذ من التدابير ما تقتضيه الضرورة أو المصلحة ولها أن تعين عند الحاجة من يدير المال الشائع**"[1].

وقد تناول نص المادة ١/٨٢٨ فرض عدم توافر أغلبية يؤخذ برأيها في إدارة المال الشائع، فجعل لكل شريك حق الالتجاء إلى القضاء ليطلب من

---

(١) د. أيمن سعد، المرجع السابق، ص ٢٦٧، هامش (١)، انظر المذكرة الإيضاحية لمشروع القانون المدني المصري طبقاً لأحكام الشريعة الإسلامية تعليقاً على المادة ٨٣١ المقابلة لنص المادة ١/٨٢٨ من القانون المدني المصري: ص ٣٢٩، ٣٣٠، ونص المشروع يتفق مع نص المادة ٨٢٢ من القانون المدني الكويتي.

المحكمة أن تتخذ من الإجراءات ما يلزم لعدم تعطيل الانتفاع بالمال الشائع، وللمحكمة عندئذ أن تكلف الشريك الذي لجأ إليها، بالإدارة أو تأمر باتخاذ ما يلزم من الإجراءات للمحافظة على مصالح الشركاء، أو تعيين مديراً للمال الشائع، وقد يتصدى الشريك دون لجوء إلى القضاء لإدارة الملك الشائع، فإن سكت شركاؤه ولم يعترضوا على إدارته عد وكيلاً عنهم فيما يقوم به من أعمال الإدارة[1].

المطلب الثاني
في التقنين المدني الكويتي

تنص المادة ٨٢٢ مدني كويتي على أنه "إذا لم تتوافر الأغلبية **المنصوص عليها في المادة السابقة، فللمحكمة بناء على طلب أي شريك أن تتخذ من التدابير ما تقتضيه الضرورة أو المصلحة ولها أن تعين عند الحاجة من يدير المال الشائع**".

وحيث أن هذا النص هو المقابل لنص المادة ١/٨٢٨ مدني مصري في شقها الأخير والذي ينص على "**فإن لم تكن ثمة أغلبية فللمحكمة بناء على طلب أحد الشركاء أن تتخذ من التدابير ما تقتضيه الضرورة ولها أن تعين عند الحاجة من يدير المال الشائع**".

---

(١) د. جميل الشرقاوي، دروس في الحقوق العينية الأصلية، الكتاب الأول، حق الملكية، الناشر دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧٠، ص ١٣٨.

وبمطالعة المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الكويتي من حيث عرض المشرع في المادة ٨٢٢ لحالة ما إذا لم يتفق من لهم أغلبية الحصص فنص على حق كل شريك أن يلجأ إلى المحكمة لتتخذ ما يلزم لمنع تعطيل الانتفاع بالمال الشائع، ولم يقتصر المشرع على ما قرره المشرع المصري من أن المحكمة لها أن تتخذ من التدابير ما تقتضيه الضرورة (١/٨٢٨) وإنما أضاف إلى ذلك ما تقتضيه المصلحة. فللمحكمة إذا وجد مستأجر يعرض الاستئجار بأجر مناسب أن تقرر التأجير. ولها أن تعين من يدير المال الشائع إذا كانت الظروف تبرر ذلك[1].

وفقاً لما سبق يتضح أن المشرع المصري قد اكتفى على أن للمحكمة اتخاذ التدابير الضرورية في هذه الحالة إلا أن المشرع الكويتي ذهب إلى أبعد من ذلك ولم يكتفي بالتدابير الضرورية فقط وإنما أضاف إلى ذلك ما تقتضيه المصلحة والهدف الذي يتغياه المشرع الكويتي هو تحقيق مصلحة الانتفاع بالمال الشائع.

ونحن نؤيد ما ذهب إليه التقنين الكويتي ونهيب بالمشرع المصري تعديل نص المادة ١/٨٢٨ طبقاً لما هو منصوص عليه في المادة ٨٢٢ مدني كويتي وذلك لمنح المحكمة المختصة سلطة واسعة في هذا الصدد.

---

(١) المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الكويتي، المرجع السابق، ص ٥٩٨، ٥٩٩.

الفصل الثالث

سلطات المالك على الشيوع في التصرف في المال الشائع

سوف يدور بحثنا في هذا الفصل في ثلاث مباحث على النحو التالي:

المبحث الأول: التصرف في المال الشائع من جميع الشركاء أو من أغلبيتهم.

المبحث الثاني: التصرف الصادر من أحد الشركاء.

المبحث الثالث: استرداد الحصة الشائعة.

المبحث الأول
التصرف في المال الشائع من جميع الشركاء أو من أغلبيتهم

سوف نعرض في هذا المبحث للتصرف الصادر من جميع الشركاء في المطلب الأول، أما المطلب الثاني فنخصصه للتصرف الصادر من أغلبية الشركاء.

المطلب الأول
التصرف من جميع الشركاء

أولا: في القانون المدني المصري

للشركاء المجتمعين أن يتصرفوا في المال الشائع أو في جزء مفرز منه بكافة التصرفات المادية والقانونية ولهم ذلك متى انعقد إجماعهم عليه فإن كان التصرف ناقلاً للملكية كبيع مثلاً أخرج هذا المال من الشيوع، وإذا كان في بعض المال الشائع فقط، خرج هذا الجزء من الشيوع[1].

وقد يكون تصرف الشركاء منشئ لحق عيني آخر على المال الشائع، كرهن أو انتفاع مثلاً، وقد حسم المشرع حالة الرهن الرسمي بنص المادة ١٠٣٩/١ مدني إذ نصت: "**يبقى نافذاً الرهن الصادر من جميع الملاك لعقار شائع، أياً كانت النتيجة التي ترتبت على قسمة العقار فيما بعد أو على بيعه لعدم إمكان قسمته**".

---

(١) د. نبيلة رسلان، المرجع السابق، ص ٤٤٨. وراجع أيضاً في هذا المعنى، د. عبد المنعم الصده، المرجع السابق، ص ١٧١: ١٧٥. د. أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، حق الملكية والحقوق العينية المتفرعة عنه، ص ٨٤، ٨٥.

أمـــا بالنـــسبة لغيـــر الرهن الرسمي فالرأي الراجح يرى اعتبار المادة ١٠٣٩/١ مدنـــي تطبيقاً لقاعدة عامة[١] فتصرف جميع الشركاء سواء ورد على المال الشائع كله أو علي جزء مفرز منه يظل نافذاً في مواجهتهم أياً كانت نتيجة القـــسمة، بـــل وعلـــيه يمكـــن القول بأن الشريك الذي آل إليه المال الشائع كله بمقتـــضى القسمة يلتزم بضمان تعرضه الشخصي في كل الحق العيني الذي تم مـــع شـــركائه[٢] علـــى العين الشائعة، أو علي الجزء المفرز، وليس فقط بقدر حصته لأن ضمان التعرض غير قابل للتجزئة.

ثانيا: في القانون المدني الكويتي:

بديهي أن للشركاء، مجتمعين أن يتصرفوا في المال الشائع أو في جزء مفـــرز مـــنه، تصرفاً ناقلاً للملكية "كالبيع" أو منشأ لحق عيني آخر، أصلي أو تبعـــي، عليه (كحق انتفاع أو رهن). ويكون تصرفهم هذا صحيحاً نافذاً في حق الجمـــيع لأنهم المالكون للمال الشائع ولهم عليه سلطة التصرف التي لكل مالك على ما يملكه[٣].

(١) فـــي هذا المعنى، د. السنهوري، المرجع السابق، ص ١١١٠، ١١١١، وراجع ما ذكرته د. نبـــيلة رســـلان، المرجع السابق، ص ٤٤٩، هامش (١)، د. جمال زكي، الوجيز في الحقـــوق العينية الأصلية، سنة ١٩٧٨، ص ١٣٠، ١٣١، د. توفيق فرج، ص ٢٢٨، د. أحمد سلامة، ص ٣٠٢، د. مصطفى الجمال، ص ١٢٩، د. عمران، ص ٣٤٢.

(٢) د. نبيلة رسلان، المرجع السابق، ص ٤٤٩، هامش (٢)، د. إسماعيل غانم، ص ١٣٥، د. عبد المنعم الصده، ص ١٧٦.

(٣) د. محمـــد شكري سرور، موجز تنظيم حق الملكية في القانون المدني الكويتي – دراسة مقارنـــة، ط٢، ١٩٩٨، ص ٢٩٧، هامش (١)، كأن يكون تملكه مقابل ما دفعه إلى بقية الشركاء نظير حصصهم في المال الشائع.

المطلب الثاني
التصرف الصادر من أغلبية الشركاء

أولا: في التقنين المدني المصري:

تنص المادة ٨٣٢ مدني على ما يلي:

"للشركاء الذين يملكون على الأقل ثلاثة أرباع المال الشائع، أن يقرروا التصرف فيه إذا استندوا في ذلك إلى أسباب قوية، على أن يعلنوا قرارهم إلى باقي الشركاء. ولمن خالف من هؤلاء حق الرجوع إلى المحكمة، خلال شهرين من وقت الإعلان. وللمحكمة عندما تكون قسمة المال الشائع ضارة بمصالح الشركاء، أن تقرر تبعاً للظروف ما إذا كان التصرف واجباً".

وفقاً لهذا النص: خول المشرع أغلبية الشركاء سلطة التصرف في المال الشائع فالشركاء الذين يملكون ثلاثة أرباع المال الشائع على الأقل أن يقرروا التصرف فيه إذا استندوا في ذلك إلى أسباب قوية (٨٣٢ مدني) [١].

والأغلبية التي يستلزمها القانون للتصرف في المال الشائع هي ذات الأغلبية التي يقتضيها في أعمال الإدارة غير المعتادة. مثال ذلك أن تعرض صفقة رابحة يخشى ألا تعود، أو أن تكون إدارة المال الشائع متعذرة واستغلاله غير مربح، أو يستدعي ترميم العقار الشائع قرضاً يضمن برهنه[٢]، أو قد يرد

---

(١) د. نبيلة رسلان، المرجع السابق، ص ٤٤٩. وراجع أيضاً في هذا المعنى، د. أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، المرجع السابق، ص ٨٦، ٨٧، ٨٨.

(٢) د. نبيلة رسلان، المرجع السابق، ص ٤٤٩، ٤٥٠. وراجع أيضاً في هذا المعنى، د. عبد المنعم الصده، الحقوق العينية الأصلية – دراسة في القانون اللبناني والقانون المصري، ١٩٨٢، ص ١٧٧؛ د. رمضان أبو السعود، الوجيز في الحقوق العينية أحكامها ومصادرها، ط ٤، ٢٠٠٢، ص ٧٢؛ د. جمال زكي، المرجع السابق، ص ١٢٢.

التصرف على جزء مفرز، لبيع جزء من الأرض الشائعة لإقامة بناء على الجزء الباقي منها، فإذا توافرت الأغلبية والأسباب القوية كان لهم أن يقرروا التصرف في المال الشائع على أن يعلنوا قرارهم إلى باقي الشركاء، ولم يحدد القانون طريقة معينة لهذا الإعلان، وبهذا تلتزم الأقلية برأي الأغلبية، ومع ذلك يجيز القانون لأي من الأقلية أن يتظلم من قرار الأغلبية أمام المحكمة، وذلك خلال شهرين من وقت إعلان التصرف. وعلى المحكمة أن تقدر الأسباب التي أدت إلى قرار الأغلبية فإن لم تقتنع بأنها أسباب قوية ألغت هذا القرار، أما إذا اقتنعت فلها أن ترفض طلب إلغاء القرار، وأن القسمة ضارة بمصالح الشركاء. وإذا طلب المعترض على تصرف الأغلبية القسمة، كان للمحكمة أن تجيبه إلى طلبه إذا كانت القسمة ممكنة وليست ضارة بمصالح الشركاء والمادة ٨٣٢ مدني واضحة الدلالة في هذا المعنى "للمحكمة عندما تكون قسمة المال الشائع ضارة بمصالح الشركاء أن تقدر تبعاً للظروف، ما إذا كان التصرف واجباً"[١].

أما إذا تبين للمحكمة أن القسمة العينية ضارة بمصالح الشركاء انتقلت إلى النظر في ما إذا كان التصرف الذي قررته الأغلبية تصرفاً حكيماً تبرره الظروف القائمة[٢]، وليس فيه غبن فادح، فإن رأته كذلك أجازته، وكان للأغلبية أن تجريه وفقاً للقرار الذي اتخذته، وإن لم تقتنع كونه واجباً ألغته؛ فلا يكون التصرف بعد ذلك ممكناً إلا بإجماع الشركاء[٣].

---

(١) د. نبيلة رسلان، المرجع السابق، ص ٤٥٠.

(٢) في هذا المعنى، د. السنهوري، المرجع السابق، ص ١١١٦. وراجع ما ذكرته، د. نبيلة رسلان، المرجع السابق، ص ٤٥٠، ٤٥١. وراجع أيضاً د. عبد المنعم الصده، المرجع السابق، ص ١٧٧.

(٣) د. نبيلة رسلان، المرجع السابق، ص ٤٥١. راجع أيضاً في هذا المعنى، د. عبد المنعم الصده، المرجع السابق، ص ١٧٧.

ثانيا: في التقنين المدني الكويتي:

تنص المادة ٨٢٧ مدني كويتي على أنه:

"للشركاء الذين يملكون على الأقل ثلاثة أرباع المال الشائع أن يقرروا التصرف فيه إذا استندوا في ذلك إلى أسباب قوية، وكانت القسمة ضارة بمصالح الشركاء، وعليهم أن يخطروا باقي الشركاء بقرارهم كتابة، ولمن خالف من هؤلاء أن يتقدم إلى المحكمة باعتراضه خلال ستين يوماً من وقت الإخطار وللمحكمة تبعاً للظروف التصريح بالتصرف أو رفضه".

فالمادة ٨٢٧ تتضمن أن الأغلبية لا تستطيع أن تفرض إرادتها في التصرف دون مراعاة لرأي الأقلية، فالتصرف لا يتم إلا في أحد فرضين: إما أن تعلم به الأقلية ولا يعترض أحد منهم فيحمل ذلك على موافقتهم، وإما أن يعترض من أحدهم ويكون أمر التصرف أو عدم التصرف من سلطة المحكمة التي توازن بين دواعي التصرف التي تستند إليها الأغلبية ودواعي الاعتراض[١].

والأغلبية التي لها أن تقرر التصرف ليست أغلبية عادية بل أغلبية خاصة فيجب أن تتوافر لهم ثلاثة أرباع الحصص. والخطوة الأولى في سبيل التصرف هي أن تتخذ الأغلبية قراراً بالتصرف وذلك بشرطين: الشرط الأول أن توجد أسباب قوية تبرر التصرف كما لو كان استغلال المال الشائع بحالته متعذراً أو كان لا يغل إلا غلة ضئيلة إذا قورنت بريع ما يمكن الحصول عليه

---

(١) المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الكويتي، المرجع السابق، ص ٦٠٤ . وراجع في هذا المعنى، د. شكري سرور: المرجع السابق، ص ٣٠٠.

من ثمن، والشرط الثاني أن تكون قسمة هذا المال ضارة بمصالح الشركاء، فإذا كانت القسمة ممكنة دون ضرر فلا يجوز التصرف بقرار من الأغلبية وعلى من يرغب في التخلص من الوضع القائم أن يطلب القسمة(1).

وقبل إتمام التصرف يجب على الأغلبية أن يخطروا باقي الشركاء بقرارهم وأن يكون الإخطار كتابة. ولكل شريك من الأقلية خلال ستين يوماً من وصول الإخطار إليه، أن يعترض على قرار الأغلبية بالرجوع إلى القضاء، فإذا لم يعترض أحد خلال فترة الاعتراض كان للأغلبية أن تبرم التصرف الذي يكون عندئذ صحيحاً نافذاً في حق الجميع، وليس في هذا اعتداء على حقوق الأقلية إذ يحمل سكوت الأقلية مع القدرة على الاعتراض على محمل الرضا، وإذا اعترض أحدهم فعلى المحكمة أن تتثبت من توافر الشرطين السابق بيانهما أي قوة الأسباب التي تستند إليها الأغلبية في تقرير التصرف وكون القسمة ضارة بمصالح الشركاء، مع الموازنة بين دواعي التصرف وأسباب اعتراض المعترض. وعلى ضوء هذه الموازنة إما أن تحكم المحكمة بعدم جواز التصرف وإما أن تحكم بالتصريح للأغلبية بالتصرف. فإذا صرحت المحكمة للأغلبية بالتصرف فتصرفهم يكون صحيحاً نافذاً في حق الأقلية، وهنا يظهر بوضوح وجه الخروج على الأصل العام في حرية المالك فيما يملك وهو خروج تبرره مصلحة الأغلبية التي قررتها المحكمة(2).

---

(1) المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الكويتي، المرجع السابق، ص ٦٠٤. وراجع في هذا المعنى، د. شكري سرور، المرجع السابق، ص ٢٩٨.

(2) المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الكويتي، المرجع السابق، ص ٦٠٤، ٦٠٥. وراجع في هذا المعنى، د. شكري سرور، المرجع السابق، ص ٢٩٨.

وللحد من عيوب الأخذ بنظام الأغلبية في التصرف استحدث المشرع نص المادة ٨٢٨ الذي يحول دون أن يكون من حق شريك واحد القيام بعمل من الأعمال باعتباره الأغلبية أيا كانت حصته في المال الشائع، ذلك أنه حتى مع الأخذ بمبدأ حساب الأغلبية على أساس حصص الشركاء وهو المبدأ الذي روعي فيه وزن المصالح إلا أن وزن المصالح ليس هو كل شيء فيجب أن يتعدد الرأي وبالتالي يجب أن تكون الأغلبية شريكين على الأقل[1].

وتنص المادة ٨٢٨ مدني كويتي على أنه:

"في الحالات التي ينص فيها القانون على حق أغلبية الشركاء في الإدارة غير المعتادة أو التصرف لا تتوافر الأغلبية في شريك واحد مهما بلغت حصته في المال".

والمادة ٨٢٧، ٨٢٨ مدني كويتي تقابل المادة ٨٣٢ مدني مصري ولكنهما يختلفان عن التقنين المصري في النقاط الآتية:

١- اشترط التقنين الكويتي لكي تتصرف الأغلبية غير العادية أن تكون ثمة أسباب قوية بهذا التصرف وأن تكون القسمة ضارة بمصالح الشركاء، بينما النص المصري لم ينص على هذه الشروط وإن كانت المحكمة تراعيها إذا عرض عليها الأمر.

٢- أن يخطر باقي الشركاء بالقرار كتابة.

---

(١) المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الكويتي، المرجع السابق، ص ٦٠٥. وراجع في هذا المعنى، د. شكري سرور، المرجع السابق، ص ٣٠٠.

٣- جعـــل التقنين الكويتي مدة الاعتراض على قرار الأغلبية الخاصة هو ستون يوماً بينما التقنين المصـري جعل مدة الاعتراض شهرين.

٤- لم يجز التصـرف غير العادي في حالة ما إذا توافرت الأغلبية الخاصة في شريك واحد مهما بلغت حصته في المال الشائع[1].

أهـــيب بالمـــشرع الكويتـــي أن يحذو حذو المشرع المصري في الأخذ بالأغلبية الخاصة على أساس الأنصباء في حالة أعمال الإدارة غير المعتادة أو فـــي حالـــة التصرف في المال الشائع وأن يلغى نص المادة ٨٢٨ فإما أن يأخذ بالأغلبـــية العددية أو أغلبية الأنصباء حتى ولو كانت الأغلبية ممثلة في شخص واحد.

---

(١) د. السنهوري، المرجع السابق، ص ١١١٢، ١١١٣، ١١١٤، هامش (٢).

المبحث الثاني

التصرف الصادر من أحد الشركاء

قد يتصرف الشريك في حصته الشائعة وقد يتصرف في جزء مفرز من المـــال الشائع أو فيه كله، وتصرف الشريك في حصته الشائعة لا يمس بحقوق الشركاء الآخرين، بينما يمس تصرفه في جزء مفرز من المال الشائع أو فيه كله بهذه الحقوق، لذلك كان من الطبيعي أن يختلف حكم التصرف في الحالتين[1].

وينقسم هذا المبحث إلى مطلبين.

المطلب الأول

تصرف الشريك في حصته الشائعة

أولا: في القانون المدني المصري:

تنص المادة ٨٢٦/١ مدني على أنه:

كل شريك على الشيوع يملك حصته ملكاً تاماً، وله أن يتصرف فيها".

ووفقاً لهذا النص يملك الشريك في الشيوع حصته شائعة، لهذا يكون له التصرف فيها وتصرفه هذا يكون نافذاً في مواجهة باقي الشركاء دون حاجة إلى موافقة منهم[2].

(١) د. نبيلة رسلان، المرجع السابق، ص ٤٥١.

(٢) د. نبيلة رسلان، المرجع السابق، ص ٤٥١.

وقد قضت محكمة النقض أن: "تصرف الشريك في حصته الشائعة نافذة في مواجهة شركائه دون الحاجة إلى موافقتهم طبقاً لنص المادة ١/٨٢٦ من القانون المدني"[1].

وتصرف الشريك في حصته الشائعة يقع صحيحاً ونافذاً في مواجهة شركائه، ولا يكون لهم إلا طلب استرداد هذه الحصة أو الأخذ بالشفعة، ولا يقتصر على تصرف معين، بل إن للشريك أن يتصرف في حصته الشائعة بكافة التصرفات، كأن يقرر عليها حقوقاً عينية أصلية كانت أم تبعية، بعوض أم بدون عوض، طالما كان تصرفه لا يمس حقوق الشركاء[2].

ترتيب حق عيني أصلي على الحصة الشائعة:

وأهم الحقوق العينية الأصلية بعد حق الملكية هو حق الانتفاع وحق الارتفاق وحق الحكر، فيجوز لصاحب الحصة الشائعة أن يرتب حق انتفاع على حصته الشائعة ويكون لصاحب حق الانتفاع على الحصة الشائعة جميع حقوق المنتفع بما لا يتعارض مع طبيعة الشيوع، ولا يرد حق الارتفاق على حصة شائعة فلا يجوز للشريك في العقار الشائع أن يرتب على حصته حق ارتفاق لأن حق الارتفاق يقتضي مباشرة صاحب هذا الحق أعمالاً لا تصح مباشرتها إلا على عقار مفرز، ويبقى حق الارتفاق قائماً على العقار كله أياً كانت نتيجة القسمة، وكذلك فإن حق الحكر تستعصي طبيعة الشيوع عليه ومن ثم لا يجوز لصاحب الحصة الشائعة أن يرتب حق حكر على حصته لأن الحكر يقتضي

---

(١) نقض مدني ١٩٦٦/٣/٢٤، طعن رقم ١٩٠ لسنة ٣٢ق، س ١٧، ص ٧٢٣، بند ٩٨، مجموعة أحكام محكمة النقض، المكتب الفني.

(٢) د. نبيلة رسلان، المرجع السابق، ص ٤٥٢.

البناء أو الغراس في أرض مفرزة وتكون هذه الأرض خربة وفضلاً عن ذلك فإن الحكر لا يجوز ترتيبه إلا على أرض موقوفة[1].

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن تصرف الشريك في مقدار شائع يزيد عن حصته لا ينفذ في حق الشركاء الآخرين فيما يتعلق بالقدر الزائد عن حصة الشريك المتصرف ويحق لهم أن يرفعوا دعوى بتثبيت ملكيتهم وعدم نفاذ البيع فيما زاد عن حصة الشريك البائع دون انتظار نتيجة القسمة"[2].

فإذا كان التصرف في المال الشائع من التصرفات الناقلة للملكية، كالبيع والهبة، فإن هذا التصرف يكون نافذاً في مواجهة سائر الشركاء دون حاجة إلى إعلانهم، ويحل المتصرف إليه محل الشريك المتصرف قبل الشركاء وتكون له: كل حقوق الشريك والتزاماته، ويثبت له حق طلب القسمة ويجب على باقي

---

(١) د. محمد شريف عبد الرحمن أحمد عبد الرحمن، حق الملكية، ٢٠٠٧، الناشر دار النهضة العربية، ص ٤٦٨، وانظر الجريدة الرسمية في ٢٤ يونية سنة ١٩٨٢، السنة ٢٥، العدد ٢٥، ص ١٨٧٧، حيث ينص القانون رقم ٤٣ لسنة ١٩٨٢ في شأن إنهاء الأحكار على الأعيان الموقوفة في:

المادة الأولى حيث تنص على: "يعتبر حق الحكر منتهيا دون تعويض في الأعيان الموقوفة الخالية من أي بناء أو غراس عند العمل بهذا القانون، وتعتبر الأرض ملكاً خالصاً لجهة الوقف ولا يعتد بأي بناء أو غراس تقام في الأرض الفضاء المحكرة بعد العمل بهذا القانون".

المادة الثانية حيث تنص على: "ينتهي حق الحكر على الأعيان الموقوفة المشغولة ببناء أو غراس بقرار يصدره وزير الأوقاف ويختص الواقف مالك الرقبة ثلاثة أرباع ثمن الأرض والمحتكر بباقي ثمنها وذلك بالإضافة إلى الأقل من ثمن البناء أو الغراس مستحق الإزالة أو البناء".

(٢) نقض مدني ١١/١١/١٩٧٥، طعن رقم ٢١٤ لسنة ٤٠ق، بند ٢٦٣، ص ١٣٨٩،١٣٨٨، مجموعة أحكام النقض، المكتب الفني، لسنة ٢٦.

الشركاء اختصامه في دعوى القسمة. والعبرة في هذا الشأن بتسجيل القسمة، فإذا كان قد سجل حقه قبل تسجيل القسمة الحاصلة بين الشركاء فلا يحتج عليه بها[1].

وفي هذا قضت محكمة النقض: "المشتري لحصة شائعة، في عقار من أحد الشركاء على الشيوع إذا سجل عقده قبل تسجيل عقد القسمة المعقودة بين هؤلاء الشركاء لا يحتج عليه بهذه القسمة لأنه وقد انتقلت إليه الملكية بالتسجيل على مقتضى المادة التاسعة من قانون الشهر العقاري يكون هو دون البائع له صاحب الشأن في القسمة التي تجرى بخصوص الحصة التي اشتراها"[2].

وقد قضت محكمة النقض بأنه: إذا اشترى من أحد الشركاء نصيبه أو بعضه شائعاً وسجل عقده قبل تسجيل عقد القسمة، اعتبر المشتري من الغير، وبالتالي لا يحتج عليه بهذه القسمة يستوي في ذلك أن يكون شراؤه سابقاً على إجراء القسمة أم لاحق لها ويصبح في الحالتين شريكاً في العقار الشائع بقدر الحصة التي اشتراها ويكون هو دون البائع له صاحب الشأن في القسمة التي تجرى بخصوص هذا العقار قضاء أو اتفاقاً بل له أن يطلب إجراء قسمة جديدة إذا لم يرتضي القسمة التي تمت دون أن يكون طرفاً فيها[3].

---

(١) د. نبيلة رسلان، المرجع السابق، ص ٤٥٢، ٤٥٣.

(٢) نقض مدني ١٩٨٨/٣/٣٠، طعن رقم ٦٠٦ لسنة ٥١ق، قضاء النقض في الملكية في أربعة وسبعون عاماً، المستشار السيد خلف محمد، الطبعة الثانية، ٢٠٠٥، ص ١٠٩.

(٣) د. السنهوري، المرجع السابق، ص ١١١٩، هامش (١)، نقض مدني، ٤٩٤ لسنة ٢٩ق، في ١٩٦٤/١٢/٢، رقم ١٨٤، ص ١١٧٢، مجموعة أحكام النقض، المكتب الفني لسنة ١٦.

وإذا كان التصرف في المال الشائع بترتيب حق انتفاع، يثبت للمتصرف إليه استعمال المال الشائع واستجاره، بما يتبع ذلك من اشتراكه في أعمال الإدارة المعتادة بحيث يحسب صوته في حساب الأغلبية العادية له، وفي قسمة المهايأة. أما الرقبة[1] فتظل للشريك المتصرف وله ممارسة ما يقابلها من سلطات، وهي المتعلقة بالإدارة غير المعتادة والتصرف وطلب القسمة وإذا تمت القسمة قبل انتهاء الانتفاع انتقل حق المنتفع إلى الجزء المفرز الذي يؤول إلى مالك الرقبة[2].

كما يجوز للمالك على الشيوع أن يرهن حصته الشائعة رهناً رسمياً وإذا حل أجل الوفاء بالدين المضمون فإن ذلك قد يقع قبل القسمة أو بعدها، فإذا حل قبل القسمة ولم يقم الراهن بالوفاء، كان للمرتهن التنفيذ على الحصة المرهونة فتباع جبراً على صاحبها ويحل من يرسو عليه المزاد محل الشريك الذي بيعت حصته ويمتلك المشتري الحصة الشائعة كذلك. وإذا تمت القسمة بعد حلول الأجل وقيام الدائن بالتنفيذ يفرق بين فرضين: فقد تقع الحصة المرهونة في نصيب الراهن، وفي هذه الحالة يستقر عليها حق الدائن المرتهن، ولا تقع في نصيب الراهن، هنا أورد المشرع لذلك نص المادة ١٠٢٩/٢ بأنه "إذا رهن أحد

---

(١) "الملكية المثقلة بحق الانتفاع هي ملكية الرقبة فيجتمع في العقار حقان عينيان، حق الرقبة للمالك وحق الانتفاع للمنتفع وهذا الحق بالانتفاع موقوت ينتهي بانتهاء الأجل المعين له، فإن لم يعين له أجل عد مقرراً لحياة المنتفع وينتهي على أي حال بموت المنتفع وفقاً لما تقضي به المادة ٩٩٣ مدني". نقض مدني في ١٩٨٧/١٢/٣، طعن رقم ٥٨٩ لسنة ٥٥ق، طعن رقم ١٠٩٣ لسنة ٥٣ق، بند ٢٢١، السنة الثامنة والثلاثون، مجموعة أحكام النقض، المكتب الفني، ص ١٠٤٦.

(٢) في هذا المعنى، د. السنهوري، المرجع السابق، ص ١١١٨، وراجع ما ذكرته د. نبيلة رسلان، المرجع السابق، ص ٤٥٣، ٤٥٤؛ د. توفيق فرج، المرجع السابق، ص ٢٣٤.

الشركاء حصته الشائعة في العقار ثم وقع في نصيبه عند القسمة أعيان غير التي رهنها انتقل الرهن بمرتبته إلى قدر من هذه الأعيان يعادل قيمة العقار الذي كان مرهوناً في الأصل[1].

ولا يوجد ما يحول دون إمكان رهن الشريك حصته الشائعة رهن حيازة ويكون الرهن في هذه الحالة صحيحاً، ويمكن ذلك بوسائل متعددة فيجوز أن يتفق الراهن والمرتهن وباقي الشركاء على تسليم المال إلى أحد الشركاء الذي يقبل حيازة الحصة المرهونة نيابة عن المرتهن، أي بصفته عدلاً – ويجوز أن يتفق الجميع على تسليم الشيء المرهون كله إلى الدائن المرتهن فيحوز الشيء فيما يتعلق بالحصة المرهونة باعتباره دائناً مرتهناً وفيما يتعلق بسائر الحصص باعتباره وكيلاً أو مديراً[2].

وإذا كانت العين الشائعة داخلة في مجموع المال الشائع، كما لو كانت داراً داخلة في التركة، وباع الوارث حصته الشائعة في الدار وحدها دون سائر الأموال الشائعة، جاز ذلك وحل المشتري محل الوارث شريكاً في هذه الدار مع سائر الورثة، ولابد في هذه الحالة لإزالة الشيوع من إجراء قسمتين، القسمة الأولى بين المشتري وسائر الورثة في الدار التي أصبح المشتري شريكاً فيها، والقسمة الأخرى بين الوارث الذي باع حصته في الدار وسار الورثة في بقية أموال التركة، وتجنباً لهذا التعقيد قضت بعض التشريعات بأنه لا يجوز التصرف في حصة شائعة في مال داخل في مجموع إلا باتفاق الشركاء[3].

---

(1) د. نبيلة رسلان، المرجع السابق، ص ٤٥٤.

(2) د. عبد المنعم البدراوي، شرح القانون المدني في الحقوق العينية الأصلية، ط٢، ١٩٥٦، ص ١٥٥.

(3) د. السنهوري، المرجع السابق، ص ١١١٩، ١١٢٠.

وذهب بعض الفقهاء أن التصرف صحيح ولكن أثره يتوقف على نتيجة القسمة، فإن وقعت العين التي تصرف الوارث في حصته الشائعة فيها في نصيب هذا الوارث صح تصرفه في حصته، وإن وقعت في نصيب غيره من الورثة تبين أن الوارث لم يكن مالكاً للحصة التي باعها وكان حكم بيعه لهذه الحصة هو حكم بيع ملك الغير[1] **ولكن محكمة النقض في مصر ذهبت إلى عكس هذا الرأي**[2].

وقضت بأن "الشريك على الشيوع في عدة عقارات أن يبيع حصة شائعة في بعض العقارات، وإذا سجل المشتري عقده انتقلت إليه حصة البائع في هذا البعض من العقارات شائعاً، ويصبح المشتري دون الشريك البائع هو صاحب الشأن في القسمة التي تجري بخصوص هذه الأعيان، اتفاقاً أو قضاء فإذا تجاهله شركاؤه وأجروا قسمة هذه الأعيان مع الشريك الذي باع نصيبه بعقد مسجل فلا يجوز الاحتجاج بهذه القسمة على المشتري الذي سجل عقده قبل تسجيل عقد القسمة ولا يغير من ذلك أن يكون الشريك البائع قد باع أكثر من نصيبه في بعض العقارات المشتركة ذلك لأن البيع يعتبر صحيحاً نافذاً في القدر الذي يملكه البائع – والمشتري دون البائع – هو الذي يستطيع التحدث عن هذا القدر إذا ما أراد الشركاء قسمة العقارات المشتركة[3].

---

(١) د. السنهوري، المرجع السابق، ص ١١٢٠، انظر هامش (٢).

(٢) د. السنهوري، المرجع السابق، ص ١١٢٠.

(٣) نقض مدني رقم ٤٥١ لسنة ٢٦ق ٢٠ أكتوبر ١٩٥٥، ص ١٣٧٥، السنة السادسة، بند ١٨٥، مجموعة أحكام النقض، المكتب الفني.

لا يكون للشريك أن يقرر على حصته الشائعة حق ارتفاق للغير ذلك أن تقرير مثل هذا الحق يجعل العقار الشائع يتحمل به كله مما يترتب عليه المساس بحقوق شركائه[1].

قد يكون التصرف الذي يجمع عليه الشركاء ترتيب حق عيني أصلي على الشيوع المملوك كترتيب ارتفاق لمصلحة عقار مجاور لا شك في سريان مثل هذا الحق في مواجهة الشركاء وخلفهم مادام الشيوع قائماً [2].

يجوز للشريك على الشيوع أن يرتب حق اختصاص على حصة شائعة ويحصل دائن الشريك صاحب الحصة الشائعة في عقار على حق اختصاص في حصة هذا الشريك إذا كان قد استوفى الشروط المقررة في القانون. ويجوز كذلك أن يرتب حق امتياز على الحصة الشائعة، وإذا ظل الشيوع قائماً حتى حل ميعاد الدين المضمون بإحدى هذه الحقوق العينية التبعية، بأن حل المؤجل من الثمن في حق الامتياز أو اعتزم الدائن التنفيذ بحقه على الحصة الشائعة التي أخذ عليها حق الاختصاص أو حل ميعاد الدين المضمون بحق رهن رسمي أو بحق رهن حيازي فإن الدائن يكون له أن ينفذ على الحصة الشائعة، وهي لا تزال في حالة الشيوع. وتباع هذه الحصة جبراً عن صاحبها، ويحل الراسي عليه المزاد محل الشريك صاحب الحصة ويصبح شريكاً بدلاً منه مع سائر الشركاء في المال الشائع، وإذا وقع العقار الذي تم رهن حصة شائعة فيه بعد القسمة في نصيب الشريك الراهن تركز الرهن أو الاختصاص أو الامتياز على هذا العقار في الحصة الشائعة التي تم رهنها منذ البداية[3].

---

(١) د. توفيق حسن فرج، الحقوق العينية الأصلية، ١٩٨٠، مؤسسة الثقافة الجامعية، ٢٣١.

(٢) د. جميل الشرقاوي ، دروس في الحقوق العينية الأصلية ، الكتاب الأول ، حق الملكية ، ١٩٧٠ ، صـ ١٤٥.

(٣) د. محمد شريف عبد الرحمن، المرجع السابق، ص ٤٦٩، ٤٧٠.

ثانيا: في القانون المدني الكويتي:

تنص المادة ٨١٩ مدني كويتي على أنه:

"وله أن يتصرف في حصته الشائعة".

ويقابل هذا النص المادة ٨٢٦/١ مدني مصري:

فللشريك أن يتصرف في حصته سواء كان التصرف في الحصة كلها أو بعضها، في كل الأموال التي تدخل في الشيوع أو في مال منها فقط وسواء كان التصرف بنقل الحصة أو بترتيب حق عيني عليها غير الملكية كالانتفاع أو الرهن. فإذا كان التصرف بنقل الحق الشائع أي الحصة كالبيع أو الهبة حل المتصرف إليه محل المتصرف فيصبح شريكاً بقدر الحصة التي آلت إليه. وإذا كانت الحصة المتصرف فيها هي حصة في مال معين من بين عدة أموال مملوكة على الشيوع، فيترتب على التصرف تعدد حالات الشيوع لوجود شريك في ملكية أحد الأموال دون أن يكون شريكاً في الأموال الأخرى، ولا شك أن هذه النتيجة لتصرف الشريك فيها بعض الضرر لباقي الشركاء نظراً لما يتضمنه نظام الشيوع من قدر من التعقيد في كيفية الانتفاع ولما يترتب على تعدد حالات الشيوع من الحاجة إلى أكثر من قسمة إذا أريد إنهاء حالة الشيوع، ولهذا نص القانون الألماني (م٢٠٣٣) على منع الشريك من التصرف في حصة من أحد الأموال المملوكة على الشيوع وكان على المشروع أن يختار بين مثل هذا الحكم والحكم الذي يعطي الشريك حرية التصرف ما دام يتصرف في حقه، فاختار الحكم الأخير مؤثراً مصلحة المالك المتمثلة في تفادي الصعوبات التي تنشأ من تعدد حالات الشيوع، أما إذا كان التصرف بترتيب حق عيني غير الملكية كالانتفاع أو الرهن على الحصة، فالتصرف صحيح لأنه تصرف الشريك فيما يملك ولكنه يبقى الشريك المتصرف كما كان شريكاً في الملك ويصبح

المتصرف إليه بحق الانتفاع هو صاحب الحق في الثمار بقدر الحصة التي يرد عليها حقه، ويكون للمرتهن إذا حل أجل الدين المضمون والشيوع لا يزال قائماً أن ينفذ على الحصة المرهونة فتباع جبراً ويحل الراسي عليه المزاد محل الشريك الراهن فيصبح شريكاً في الشيوع(١).

المطلب الثاني
تصرف الشريك في حصة مفرزة

أولا: في القانون المدني المصري:

حق الشريك المشتاع حق ملكية يرد على المال الشائع كله ويتحدد بنسبة معينة من مجموع ما يخوله من مزايا، ولكن في ذات الوقت لكل من الشركاء حق مماثل على المال الشائع نفسه، وعلى ذلك إذا تصرف الشريك منفرداً في جزء مفرز من المال الشائع أو فيه كله، فإنه يتصرف في حقه ولكنه في ذات الوقت يتصرف في حقوق الشركاء(٢).

الأصل أنه لا يجوز للشريك أن يتصرف في حصة مفرزة من الملك الشائع، سواء بنقل ملكيتها أم بمجرد رهنها ولو كان ما تصرف فيه يعادل نصيبه ولا يتعداه، وذلك لأن حق الشريك لا ينصب على جزء محدد من المال المشاع، بل إنه ينبسط على المال كله، ويمتزج في نفس الوقت بحقوق الشركاء

---

(١) المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الكويتي، المرجع السابق، ص ٥٩٦. وراجع أيضاً في هذا المعنى، د. شكري سرور، المرجع السابق، ص ٣٠١: ٣٠٢.

(٢) انظر في هذا المعنى: د. السنهوري، المرجع السابق: ص ١١٥٣، وراجع ما ذكرته د. نبيلة رسلان: المرجع السابق: ص ٤٥٥.

الآخرين بحيث يعتبر كل شريك مالكاً في كل ذرة من ذرات هذا المال، وبذلك يكـون الجزء الذي تصرف فيه الشريك مفرزاً مملوكاً في نفس الوقت للشركاء الآخرين[١].

وقـد عرض القانون المدني لهذا الموضوع في المادة ٢/٨٢٦ منه "**إذا كان التصرف متصباً على جزء مفرز من المال الشائع، ولم يقع هذا الجزء عند القسمة في نصيب المتصرف، انتقل حق المتصرف إليه من وقت التصرف إلى الجـزء الذي آل إلى المتصرف بطريق القسمة، وللمتصرف إليه إذا كان يجهل أن المتـصرف لا يملـك العـين المتصرف فيها ملكية مفرزة الحق في إبطال التـصرف**". وقـد اختلف الفقه في استنباط حكم تصرف أحد الشركاء في جزء مفرز من المال الشائع في العلاقة بين طرفيه على ضوء هذا النص[٢].

ومن المقرر في قضاء محكمة النقض أن للشريك على الشيوع أن يبيع جزءاً مفرزاً من المال الشائع قبل إجراء القسمة فقد نصت المادة ٨٢٦ فقرة ثانية من القانون المدني على أنه "**إذا كان التصرف منصباً على جزء مفرز من المال الـشائع ولـم يقـع هـذا الجزء عند القسمة في نصيب المتصرف انتقل حق المتـصرف إليه من وقت التصرف إلى الجزء الذي آل إلى المتصرف بطريق القـسمة**"، ومتـى تقـرر ذلك فإن الطاعن يكون قد اشترى من المطعون عليه الجـزء المفـرز الذي يبيعه أو ما يحل محله مما يقع في نصيب المطعون عليه عند القسمة، فإن وقع الجزء المفرز عند القسمة في نصيب المطعون عليه خلص

---

(١) د. محمد علي عرفة، المرجع السابق، ص ٤٠١.

(٢) د. نبـيلة رسلان، المرجع السابق، ص ٤٥٥. راجع أيضاً في هذا المعنى، د. مصطفى محمد الجمال، المرجع السابق، ص ١٢٦، ١٢٧.

للطـــاعن، وإن لم يقع انتقل حق الطاعن بحكم الحلول العيني من الجزء المفرز المبيع إلى الجزء المفرز الذي يؤول إلى المطعون عليه بطريق القسمة، ومن ثم كـــان للوالد أن يبيع لابنه مفرزاً أو شائعاً وأن يبيع ابنه بدوره إلى الطاعن مثل ذلـــك، ومـــن ثم فإن النعي على الحكم المطعون فيه، بأن البائع لا يملك الحصة المبيعة مفرزة يكون على غير أساس(١).

والـــشريك المتـــصرف هنا تجاوز حدود حقه لأن حقه يقع على حصة شـــائعة، وهـــو يتصرف في حصة مفرزة ولباقي الشركاء في كل ذرة من هذا الجـــزء المفرز حصصاً شائعة وبالتالي فإن تصرف الشريك هنا يقع في جانب منه على ملك الغير، إلا أن أحكام ملك الغير لا تطبق في هذا الصدد لأن الملكية الـــشائعة وضع مؤقت وتنتهي بالقسمة التي يكون أثرها كاشفاً، فلاحتمال وقوع الحـــصة المفرزة المبيعة في نصيب المتصرف بعد القسمة فإنه يصعب الحديث عن بيع ملك الغير. وخصوصاً وأن أي شريك آخر لا يستطيع أن يطالب بإبطال التـــصرف علـــى أساس بيع ملك الغير إذ أنه سيضطر إلى إثارة استحقاقه لهذا الجـــزء المبـــيع وهو لا يستطيع الإدعاء باستحقاق متعلق بشيء مفرز لأن حقه شائع ولذلك نجد أن مصير هذا التصرف يرتبط بالقسمة(٢).

إن الـــبائع مالـــك لحـــصته وتصرفه يقع صحيحاً دون نظر إلى نتيجة القـــسمة، والقـــول بغير ذلك يعني تعليق صحة التصرف أو بطلانه على نتيجة

---

(١) نقـــض مدني ١٩٨٠/٣/٢٥، طعن رقم ٩١٠ لسنة ٤٥ق، س ٣١، ص ٨٨٨، ٨٨٩، بند ١٧٥: مجموعة أحكام النقض، المكتب الفني.

(٢) د. نعمان جمعة، الحقوق العينية، ٢٠٠٠، دار النهضة العربية، ص ١٧٨.

القسمة وهي أمر لاحق لانعقاده، مع أن بطلان التصرف يجب أن يرجع إلى عيب يلحق به وقت انعقاده[1]. وهذا الرأي هو الذي يتفق مع حكم القانون المصري ذلك أنه إذا وقع الجزء الذي تم التصرف فيه في نصيب المتصرف، استقر عليه حق المتصرف إليه، أما إذا لم يقع هذا الجزء في نصيبه بل وقع في نصيبه جزء آخر غير ما تم فيه التصرف انتقل حق المتصرف إليه من وقت التصرف إلى الجزء الذي آل إلى المتصرف بطريقة القسمة. وفي هذه الحالة لا يكون للمتصرف إليه إلا الاستناد إلى أحكام الغلط لإبطال التصرف متى كان يجهل أن المتصرف لا يملك العين المتصرف فيها مفرزة[2].

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن ولما كان المقرر في قضاء هذه المحكمة عملاً بالمادة ٢/٨٢٦ من القانون المدني أنه إذا كان البيع الصادر من أحد المشتاعين قد انصب على جزء مفرز من العقار الشائع وتمت قسمته بعد ذلك بين الشركاء فإن القسمة تكون حجة على المشتري ولو لم يكن طرفاً فيها ويترتب عليها في حقه ما يترتب عليها في حق المتقاسمين من إنهاء حالة الشيوع واعتبار كل متقاسم مالك الجزء المفرز الذي وقع في نصيبه ويتحدد بهذه القسمة مصير التصرف الصادر إليه فإذا وقع القدر المفرز المبيع له في نصيب الشريك البائع خلص له هذا القدر وإن لم يقع انتقل حقه من وقت التصرف إلى الجزء الذي آل إلى البائع بطريق القسمة، وخلص القدر المبيع لمن خصص له في القسمة مطهراً من هذا التصرف وبذلك يصبح استمرار المشتري في وضع

---

(١) د. نبيلة رسلان، المرجع السابق، ص ٤٥٦، وراجع أيضاً في هذا المعنى، د. توفيق فرج، المرجع السابق، ص ٢٣٨، د. مصطفى الجمال، المرجع السابق، ص ١٣٨.

(٢) د. نبيلة رسلان، المرجع السابق، ص ٤٥٦، ٤٥٧.

يده على هذا القدر مجرداً من السند ويكون لمن اختص به الحق في استلامه من تحت يد المشتري، كما يحق ذلك ممن اختص به ولو لم يسجل عقده.

ومـــن المقرر من أن عقد البيع ينقل إلى المشتري ولو لم يكون مشهراً جميع الحقوق المتعلقة بالمبيع والدعاوى به المرتبطة ومنها حقه في طلب طرد واضع اليد عليه بغير سند[1].

كمـــا قضت محكمة النقض بأنه ليس ثمة ما يمنع للبائع وإن كان مالكاً على الشيوع أن يبيع ملكه محدداً مفرزاً. وحالة التحديد هذه إن ظلت موقوفة أو معلقة على نتيجة القسمة أو إجازة الشريك على الشيوع، إلا أن ذلك كله لا يبطل عقد البيع[2].

وإذا كان التصرف يصح بين طرفيه على النحو المتقدم، فإنه لا ينفذ في مواجهة باقي الشركاء، فإذا قام أحد الشركاء ببيع جزء مفرز من المال الشائع أو برهنه أو بإنشاء حق عيني آخر عليه فلا يكون للمشتري أو المرتهن أو صاحب الحـــق العيني أن يحتج بحقه على بقية الشركاء سواء قبل القسمة أو بعدها. وإن كان للشركاء أن يقروا التصرف الصادر من شريكهم فيصير نافذ في حقهم، وقد يكـــون هذا القرار صريحاً أو ضمنياً. كما يكون للشركاء إقرار التصرف كذلك بعد القسمة إذا لم تقع الحصة المبيعة في نصيب المتصرف. فإذا لم يصدر منهم

---

(١) نقـــض مدني ١٩٨١/١٢/١٣، طعن رقم ٦٨٦ لسنة ٤٨ق، س ٣٢، ج٢، ص ٢٢٧٧، ٢٢٧٨، بند ٤١٤، مجموعة أحكام محكمة النقض، المكتب الفني.

(٢) نقـــض مدنـــي فـــي ٧ ديسمبر ١٩٥٠، ص ١٣٩، بند ٢٧، طعن رقم ٤٧ لسنة ١٩ق، مجموعة أحكام محكمة النقض، المكتب الفني، السنة الثانية.

هــذا القــرار، انتقل حق المتصرف إليه إلى ما وقع في نصيب من تصرف له. وهــذا واضح من نص المشرع على انتقال حق المتصرف إليه إلى ما وقع في نــصيب المتصرف يعني أن التصرف في حصة مفرزة من أحد الشركاء يكون غير نافذ في حق باقي الشركاء[1].

وقد قضت محكمة النقض أنه: "إذا كان البيع منصباً على جزء مفرز من العقار الشائع وكان سابقاً على إجراء القسمة بين الشركاء فإن المشتري في هذه الحالة لا يعتبر بالتطبيق للفقرة الثانية من م ٨٢٦ من القانون المدني – حتى ولو سجل عقده قبل تسجيل القسمة – شريكاً في العقار الشائع ولا يكون له أي حق من حقوق الشركاء وبالتالي لا يلزم تمثيله في القسمة ومتى تمت هذه القسمة بين الشركاء فإنها تكون حجة عليه ولو لم يكن طرفاً فيها، ويترتب عليها في حقه ما يترتب عليها في حق المتقاسمين من إنهاء حالة الشيوع واعتبار كل متقاسم مالكاً للجزء المفرز الذي وقع في نصيبه ويتحدد بهذه القسمة مصير المتصرف الصادر إليه – فإذا وقع القدر المبيع المفرز في نصيب الشريك البائع خلص هذا القدر – وإن لم يقع انتقل معه من وقت التصرف إلى الجزء الذي آل إلى البائع بطريق القسمة"[2].

---

(١) انظــر في هذا المعنى، د. السنهوري، المرجع السابق، ص ١١٥٥، وراجع ما ذكرته د. نبيلة رسلان، المرجع السابق، ص ٤٥٧، ٤٥٨.

(٢) نقــض مدني ١٦١، لسنة ٤٧ق، في ٩ ديسمبر سنة ١٩٨٠، السنة ٣١، بند ٣٧٤، ص ٢٠١٠، مجموعة أحكام النقض، المكتب الفني.

نقــض مدني ١٤٠٩ لسنة ٤٩ق، في ٢٠ يناير ١٩٨١، السنة ٣٢، بند ٤٨، ص ٢٣٥، مجموعة أحكام محكمة النقض، المكتب الفني.

وكمـــا قـــضت محكمــــة النقض في الفقرة الثانية من المادة ٨٢٦ من القانـــون المدني على أن: "إذا كان التصرف منصباً على جزء مفرز من المال المشائع ولـــمْ يقـــع هـــذا الجـــزء عند القسمة في نصيب المتصرف انتقل حق المتصرف إليه إلى الجزء الذي آل إلى المتصرف بطريق القسمة. يدل على أن بـــيع الـــشريك المـــشتاع لجزء مفرز من العقار الشائع قبل إجراء القسمة بين الـــشركاء لا يجيـــز للمـــشتري طلب تثبيت ملكيته لما اشتراه مفرزاً قبل إجراء القسمة ووقوع المبيع في نصيب البائع له ولو كان عقده مسجلاً"[1].

ثانيا: في القانون المدني الكويتي:

تنص المادة ٨٢٩ مدني كويتي على أنه:

"إذا تصرف الشريك في جزء مفرز من المال الشائع فلا يكون للتصرف أثـــر فـــيما يتعلق بنقل الملكية أو إنشاء الحقوق العينية الأخرى إلا إذا وقع هذا الجزء عند القسمة في نصيب الشريك المتصرف".

ويقابل هذا النص م٢/٨٢٦ مدني مصري:

وإذا كـــان للشريك وفقاً للقواعد العامة أن يتصرف في حصته الشائعة على نحو ما ذكره المشرع في المادة ٨١٩ فليس من حقه أن يتصرف فيما يعتبر مـــن حـــق غيره من الشركاء ولهذا فإذا تصرف في جزء مفرز فنظراً لورود حقـــوق الشركاء الآخرين على هذا الجزء فلا شك أن التصرف يكون غير نافذ في حقهم، أما حكم التصرف في العلاقة بين الشريك المتصرف والمتصرف إليه

---

(١) طعن مدني ٢٣٨٢ لسنة ٥١ق، في ١٩٨٢/١١/٤، بند ١٥٩، ص٨١٥، مجموعة أحكام محكمة النقض، المكتب الفني.

فهو الذي يثير الصعوبة، واختلف في شأنه موقف التشريعات ويمكن أن يقال فيه عدة آراء.

فقد يقال أن الشريك تصرف بما يملك وهو حصته وفيما لا يملك وهو حصص باقي الشركاء، وذلك على أساس أن الملكية المفرزة وهي التي وقع عليها التصرف هي مجموع حقوق الشركاء أي حصصهم، وبالتالي يكون التصرف صحيحاً نافذاً في حق الجميع بالنسبة لحصة الشريك المتصرف، ويأخذ حكم التصرف في ملك الغير بالنسبة لحصص الشركاء الآخرين ، ولكن يعترض على هذا بأنه يخالف إرادة المتعاقدين التي انصرفت إلى التصرف في الحق المفرز دون تفريق وليس من المقبول أن ينظم المشرع أثر التصرف على خلاف إرادة أطرافه[1].

وقد يقال أن التصرف صحيح نافذ في كل آثاره بما فيها نقل الملكية أو إنشاء الحق العيني، بالنسبة لطرفيه، ولكنه غير نافذ بالنسبة لباقي الشركاء، وذلك على أساس أن الشريك المتصرف، يعتبر مالكاً لما تصرف فيه ولكن ملكيته مقيدة بحقوق الشركاء الآخرين: ومقتضى هذا أن المتصرف إليه يمكن – حتى قبل القسمة – أن يكون مالكاً أو صاحباً للحق العيني غير الملكية، ولكن حقه غير نافذ بالنسبة لباقي الشركاء. ولكن يعيب هذا الرأي أولاً من الناحية النظرية أن الشريك لا يملك إلا ملكية شائعة وقد تصرف في ملكية مفرزة وهو حق لا يملكه وبالتالي لا يصح القول أن الشريك مالك وقد تصرف فيما يملك

---

(١) المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الكويتي، المرجع السابق، ص ٢٠٦.

وثانـياً فهو يؤدي إلى نتائج عملية غير مقبولة فالقول أن المتصرف إليه يصبح مالكـاً فـي مواجهة الشريك المتصرف وغير مالك بالنسبة لباقي الشركاء غير مقـبول ويغفل مسألة هامة وهي: من هو المالك في مواجهة الكافة؟ وإذا فرض أن تصرف شريك آخر في نفس الجزء فمن هو المالك؟ أن صاحب الحق العيني يجب أن يتحدد بالنسبة للكافة. والرأي المقبول والذي يتفق مع القواعد العامة في انعقاد التصرف وآثاره هو أن يقال أن الشريك قد تصرف في حق لا يملكه، ولا يحـول هذا دون انعقاد التصرف، وترتيب آثاره الشخصية، أي الالتزامات بين طـرفيه. أما الآثار العينية أي نقل الملكية أو إنشاء الحق العيني غير الملكية فلا تتـرتب ما بقي الشيوع قائماً. وإذا تمت القسمة ووقع الجزء المتصرف فيه في نصيب المتصرف زال المانع الذي منع ترتيب الأثر العيني، وهذا هو ما أخذ به المشرع. هذا وقد يكون المتصرف إليه عالماً وقت إبرام التصرف أن المتصرف لا يملـك الشيء المتصرف فيه ملكية مفرزة وإنما يملك حصة شائعة فيه. وقد يكـون غيـر عـالم أي معـتقد أنـه يتعامل مع من يملك ملكية مفرزة للشيء المتـصرف فيه. وفي الفرض الأول ليس له حق طلب إبطال التصرف، ويمكن اعتـباره قـابلاً للتصرف موقوفاً أثره العيني على نتيجة القسمة. وفي الفرض الثانـي يكون المتصرف إليه قد وقع في غلط وبالتالي يكون له حق طلب إبطال التصرف على هذا الأساس، ولم ير المشرع ما يدعو إلى النص على حق طلب الإبطال للغلط في هذه الحالة لأنه محض تطبيق للقواعد العامة[1].

---

(١) المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الكويتي، المرجع السابق، ص ٦٠٦: ٦٠٧.

هــذا ولم يأخذ المشرع بالحكم الوارد في القانون المصري، والذي نقلته قوانين بعض البلاد العربية، وهو انتقال حق المتصرف إليه من وقت التصرف إلى ما يقع في نصيب المتصرف من أموال أخرى غير المال المتصرف فيه عند القسمة، لأن هذا الحكم غير منطقي من الناحية النظرية وغير مقبول من الناحية العملية. فمن الناحية النظرية يثور التساؤل: ما هو الحق الذي ينتقل؟ وهو سؤال يــستدعي التــساؤل عن ماهية حق المتصرف إليه قبل القسمة، وهو الحق الذي يقال إنه ينتقل، وقد بينا أنه لا يصح أن يقال أنه حق عيني، فهو ليس حق ملكية مفــرزة ولا حق ملكية شائعة. ومن الناحية العملية ليس من المقبول أن يشتري شخص شيئاً معيناً بذاته ويفرض عليه أن يمتلك شيئاً آخر حتى ولو كان معادلاً له في القيمة إذ قد لا يحقق الشيء الآخر الغرض الذي قصد إليه. حتى ولو كان كــل من الشيئين جزء من كل، مثال ذلك أن يشتري شخص قطعة أرض ليبني علــيها وهي جزء من أرض شائعة واسعة ولكنها قريبة من العمران ثم يقع في نــصيب الــبائع أرض بعيدة وقد لا تصلح للبناء عليها. وما يقال عن التصرف الــذي من شأنه نقل الملكية يقال كذلك على التصرف الذي يراد منه إلى إنشاء حق عيني كالرهن مثلاً، فالتصرف الذي يصدر من شريك لا يملك الحق العيني، وبالتالي فلا محل للقول بانتقال حق لم يكن موجوداً قبل القسمة[1].

---

(١) المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الكويتي، المرجع السابق، ص ٦٠٧، ٦٠٨.

المبحث الثالث
استرداد الحصة الشائعة

أولا: في القانون المدني المصري:

قد يتم التصرف من الشريك في الشيوع إلى أحد الشركاء الآخرين وقد يتم إلى شخص أجنبي عن الشيوع، ولمنع دخول الأجنبي بينهم في الشيوع خول القانون أياً منهم الحق في الحلول محل من يشتري الحصة الشائعة وذلك عن طريق استرداد هذه الحصة في حالة المنقولات وعن طريق الشفعة في حالة العقارات[1] وقد أورد المشرع أحكام الاسترداد في مادة وحيدة هي المادة ٨٣٣ مدني وتنص على:

---

(١) د. نبيلة رسلان، المرجع السابق، ص ٤٥٨. وراجع أيضاً في هذا المعنى؛ د. الصده، المرجع السابق، ص ١٩٥، ويخلص من هذا النص أن القانون أعطى للشريك في الشيوع حق استرداد الحصة الشائعة التي باعها شريك آخر. وفي الشفعة أيضاً يكون للشريك في الشيوع حق استرداد الحصة الشائعة التي باعها شريك آخر، فحق الاسترداد وحق الشفعة متماثلان من هذا الوجه. وقد كان التقنين المدني السابق يطلق حق الاسترداد في المنقول والعقار. فترتب على ذلك أن تزاحم في العقار حق الاسترداد مع حق الشفعة، ولكل من الحقين إجراءاته الخاصة به، وقد أراد التقنين المدني الجديد تجنب هذا التزاحم فرسم لكل من الحقين نطاقه الخاص. فحق الشفعة ومصدره التاريخي هو الشريعة الإسلامية. إنما يرد في بيع حصة شائعة في العقار. وقد يرد في غير الشيوع ومن ثم لا يمكن قصره على الشيوع فوجبت معالجته ضمن أسباب كسب الملكية أما حق الاسترداد ومصدره التاريخي هو القانون الفرنسي إنما يرد في بيع حصة شائعة في المنقول أو في مجموع من المال ولو اشتمل هذا المجموع على عقار. فهذا الحق إذن ملازم الشيوع، (السنهوري، المرجع السابق، ص ١١٢٧، ١١٢٨).

عليه آثاره بوصفه بيعاً عدا نقل الملكية والحقوق العينية الأخرى فإنها تتراخى لحين التسجيل[1].

الشرط الثالث: أن يصدر البيع إلى أجنبي عن الشركاء:

وعلى هذا فلا يجوز الاسترداد إذا كان البيع لأحد الشركاء الموجودين في الشيوع لأن الحكمة من تقرير حق الاسترداد وهي خشية إدخال أجنبي عن الشركاء قد يكون غير مرغوب فيه[2].

ويجب أن تنصب المطالبة على استرداد الحصة كاملة، ولا تتعلق بجزء منها، لأن استرداد جزء من الحصة الشائعة يعني بقاء الجزء الآخر تحت يد المشتري الأجنبي وهو ما لا تتحقق معه الحكمة من الاسترداد ألا وهي منع دخول شخص أجنبي إلى الشركاء فلا يكفي إذن أن يسترد الشريك أو الشركاء من الحصة الشائعة المبيعة نسبة تساوي ما يملكون في المال الشائع، وإلا بقي الأجنبي شريكاً بما يتبقى له من الحصة التي اشتراها وهو ما يتنافى مع الحكمة من حق الاسترداد[3].

وإذا كان المقرر بنص المادة ٨٣٣ من القانون المدني أنه:

"للشريك في المنقول الشائع أو في المجموع من المال أن يسترد قبل القسمة الحصة الشائعة التي باعها شريك غيره لأجنبي بطريق الممارسة..."

---

(١) المستشار أنور طلبه، الملكية الشائعة، طبعة ٢٠٠٤، الناشر المكتب الجامعي الحديث، الأزاريطة، الإسكندرية، ص ١٤٥، ١٤٦؛ (نقض مدني في ١٩٨٨/٣/١٧، طعن رقم ٥١٣، س ٥٢ق).

(٢) د. توفيق فرج، المرجع السابق، ص ٢٤٥. راجع أيضاً في هذا المعنى، د. أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، المرجع السابق، ص ٩٧، د. الصده، المرجع السابق، ص ١٩٦.

(٣) د. محمد عبد الظاهر حسين، المرجع السابق، ص ١٢٤.

المبحث الثالث
اســترداد الحصــة الشائعــة

أولا: في القانون المدني المصري:

قــد يتم التصرف من الشريك في الشيوع إلى أحد الشركاء الآخرين وقد يتم إلى شخص أجنبي عن الشيوع، ولمنع دخول الأجنبي بينهم في الشيوع خول القانــون أيــاً منهم الحق في الحلول محل من يشتري الحصة الشائعة وذلك عن طــريق اســترداد هذه الحصة في حالة المنقولات وعن طريق الشفعة في حالة العقــارات[1] وقد أورد المشرع أحكام الاسترداد في مادة وحيدة هي المادة ٨٣٣ مدني وتنص على:

(١) د. نبــيلة رسلان، المرجع السابق، ص ٤٥٨. وراجع أيضاً في هذا المعنى: د. الصده، المرجع السابق، ص ١٩٥، ويخلص من هذا النص أن القانون أعطى للشريك في الشيوع حق استرداد الحصة الشائعة التي باعها شريك آخر. وفي الشفعة أيضاً يكون للشريك في الشيوع حق استرداد الحصة الشائعة التي باعها شريك آخر، فحق الاسترداد وحق الشفعة متماثلان من هذا الوجه. وقد كان التقنين المدني السابق يطلق حق الاسترداد في المنقول والعقــار. فترتب على ذلك أن تزاحم في العقار حق الاسترداد مع حق الشفعة، ولكل من الحقين إجراءاته الخاصة به، وقد أراد التقنين المدني الجديد تجنب هذا التزاحم فرسم لكل مــن الحقين نطاقه الخاص. فحق الشفعة ومصدره التاريخي هو الشريعة الإسلامية، إنما يــرد فــي بيع حصة شائعة في العقار. وقد يرد في غير الشيوع ومن ثم لا يمكن قصره علــى الـشيوع فوجبت معالجته ضمن أسباب كسب الملكية أما حق الاسترداد ومصدره التاريخــي هو القانون الفرنسي إنما يرد في بيع حصة شائعة في المنقول أو في مجموع مــن المـــال ولــو اشــتمل هــذا المجمــوع على عقار. فهذا الحق إذن ملازم الشيوع، (السنهوري، المرجع السابق، ص ١١٢٧، ١١٢٨).

١- للشريك في المنقول الشائع أو في المجموع من المال أن يسترد قبل القسمة الحصة الشائعة التي باعها شريك غيره لأجنبي بطريق الممارسة، وذلك خلال ثلاثين يوماً من تاريخ علمه بالبيع أو من تاريخ إعلانه به. ويتم الاسترداد بإعلان يوجه إلى كل من البائع والمشتري. ويحل المسترد محل المشتري في جميع حقوقه والتزاماته إذا هو عوضه عن كل ما أنفقه.

٢- وإذا تعدد المستردون، فلكل منهم أن يسترد بنسبة حصته.

يتبين من هذا النص أن لحق الاسترداد شروطاً يجب توافرها وله إجراءات خاصة به، وتترتب عليه آثار معينة[١].

وهذا المبحث ينقسم إلى ثلاثة مطالب.

المطلب الأول
شروط حق الاسترداد ونطاق حق الاسترداد

فحق الاسترداد لا يرد إلا في منقول شائع قائم بذاته، وإلا في مجموع من المال ولو اشتمل هذا المجموع على عقار[٢].

---

(١) د. السنهوري، المرجع السابق، ص ١١٢٩.

(٢) د. السنهوري، المرجع السابق، ص ١١٢٩. راجع أيضاً في هذا المعنى، د. الصده، المرجع السابق، ص ١٩٥.

وإذا تحدد حق الاسترداد على هذا النحو فإن الشروط الواجب توافرها لاستعمال هذا الحق أربعة وهي:

١- أن يصدر بيع من أحد الشركاء في الشيوع.

٢- أن يرد هذا البيع على حصة شائعة في منقول أو مجموع من المال.

٣- أن يصدر البيع إلى أجنبي عن الشركاء.

٤- أن يكون المسترد هو أحد الشركاء.

الشرط الأول: يجب أن يصدر عقد بيع من أحد الشركاء في الشيوع:

وقد اشترط القانون صراحة أن يكون البيع الصادر من الشريك بيعاً بالممارسة (م٨٣٣/١ مدني) فالبيع بالمزاد لا يجوز فيه استعمال حق الاسترداد. كما لا تجوز الشفعة إذا كان الشريك الذي يريد الاسترداد يستطيع أن يدخل في المزاد فلا يمكن الأجنبي من رسو المزاد عليه، فتخلفه عن ذلك رضا ضمني منه بأن يكون الأجنبي شريكاً. والبيع بالمزاد الذي يمنع من استعمال حق الاسترداد هو الذي يتم وفقاً لإجراءات رسمها القانون، كما هو الأمر في الشفعة[1] فيدخل البيع بالمزاد الاختياري إذ أن الشريك كان يستطيع الدخول بالمزاد، ومن ثم لا يجوز فيه استعمال حق الاسترداد كما لا يجوز استعمال حق الشفعة[2].

---

(١) د. السنهوري، المرجع السابق، ص ١١٣٢، هامش (١)، انظر المادة ٩٣٩/١ (أ) مدني وانظر إسماعيل غانم، ٨٣، ص ١٨٩، عبد المنعم الصده، فقرة ١٤٠، ص ٢١٥، د. حسن كيره، فقرة ١٢٤، ص ٤١٢، هامش (١).

(٢) د. السنهوري، المرجع السابق، ص ١١٣٢.

لا يجــوز طلب الاسترداد إلا عند تمام البيع، أما إذا كان البيع لا يزال في مرحلة الإيجاب ولم يتم قبوله لو كان الإيجاب ملزماً، أو كان من باب أولى في مرحلة تسبق مرحلة الإيجاب الملزم، فإن الاسترداد يكون سابقاً لأوانه[1].

وقد قضت محكمة النقض في هذا الصدد بأنه: "متى كان الحكم إذ قضى برفض طلب الطاعن في استرداد الحصة الشائعة في العقار الذي طلب المطعون عليه بيعه عند عدم إمكان قسمته عيناً أقام قضاءه على أن دعوى استرداد الحصة الشائعة المبيعة لا توجه إلى مشتري هذه الحصة متى كان أجنبياً عن الشركاء الأصليين ومن ثم لا يجوز رفعها على المطعون عليه لأنه من جهة ليس مشترياً ومن جهة أخرى لم يصدر بيع بعد وأنه لا يغير من هذا النظر أن يطلب حق الاسترداد أثناء إجراءات البيع بالمزاد لعدم إمكان القسمة عيناً لأن الحكمة في تخويل هذا الحق للشركاء هي منع تدخل الأجنبي في الملكية الشائعة وهذه الحكمة تتوافر بطبيعتها في البيع بالمزاد إذ لهم أن يشتركوا فيه ويشتروا الحصة المعروضة للبيع ويمنعوا الأجنبي من التدخل في الشركة، كما أن طلب المطعون عليه قسمة العين المشتركة وبيعها بالمزاد وتحديد ثمن أساسي لهذا البيع لا يعتبر عرضاً ملزماً له ببيع حصته بالثمن الذي حدده إذا طلب منه الشريك الآخر الشراء استناداً إلى أن له أفضلية على الغير باسترداد الحصة الشائعة وذلك لأن هذا الحق لا يكون إلا في حالة البيع التام وهو لم يتم ولاية تحديد ثمن البيع عند عدم إمكانية القسمة عيناً إنما هو للمزايدة وليس مؤداه أن يتخلى لطالب القسمة عنها وهي حق من حقوقه وليس معناه أن يجبر على بيع

---

(١) د. السنهوري، المرجع السابق، ص ١١٣٢، ١١٣٣.

حصته لأحد الشركاء. فإن هذا الذي أقيم عليه الحكم لا مخالفة فيه للقانون ولا يشوبه قصور[1].

الشرط الثاني: ورود البيع على حصة شائعة في منقول أو مجموع من المال:

نص المادة ٨٣٣ صريح أن حق الاسترداد لا يكون إلا في بيع الحصة الشائعة في المنقول المعين أو في المجموع من المال. فلا يجوز الاسترداد في بيع الحصة الشائعة في العقار المعين ولو كان ذلك العقار هو كل المال الشائع، وإنما يجوز الاسترداد إذا كانت الحصة المبيعة حصة شائعة في مجموع من المال كالمتجر أو التركة وكان هذا المجموع يتضمن عقارات فإذا باع أحد الورثة نصيبه في التركة قبل قسمتها فيثبت الاسترداد لباقي الورثة، إنما يتعين في هذه الحالة أن يكون العقار ضمن مجموع أموال التركة[2].

وقد قضت محكمة النقض بأن نطاق حق الشريك في الشيوع في استرداد الحصة الشائعة التي باعها شريك آخر لأجنبي لا يرد إلا في منقول شائع قائم بذاته أو في مجموع من المال ولو اشتمل هذا المجموع على عقار. أما العقار الشائع المعين بالذات لا يكون محلاً لحق الاسترداد وإنما هو محل لحق الشفعة حتى ولو كان سبب الشيوع في العقار هو الميراث وحتى ولو كان العقار هو كل ما تركه المورث وكان عقد البيع غير المسجل الوارد على عقار تترتب

---

(١) نقض مدني ٣٠ أكتوبر سنة ١٩٥٢، قضية رقم ٢٠٠ لسنة ٢٠ق، السنة ٤، بند ٩، ص ٤٦، ٤٧، مجموعة أحكام محكمة النقض، المكتب الفني.

(٢) د. نبيلة رسلان، المرجع السابق، ص ٤٥٩. راجع أيضاً في هذا المعنى: د. أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، المرجع السابق، ص ٩٦، ٩٧.

علـيه آثاره بوصفه بيعاً عدا نقل الملكية والحقوق العينية الأخرى فإنها تتراخى لحين التسجيل[1].

الشرط الثالث: أن يصدر البيع إلى أجنبي عن الشركاء:

وعلـى هذا فلا يجوز الاسترداد إذا كان البيع لأحد الشركاء الموجودين فـي الشيوع لأن الحكمة من تقرير حق الاسترداد وهي خشية إدخال أجنبي عن الشركاء قد يكون غير مرغوب فيه[2].

ويجب أن تنصب المطالبة على استرداد الحصة كاملة، ولا تتعلق بجزء منـها، لأن استرداد جزء من الحصة الشائعة يعني بقاء الجزء الآخر تحت يد المشتري الأجنبـي وهو ما لا تتحقق معه الحكمة من الاسترداد ألا وهي منع دخـول شخص أجنبي إلى الشركاء فلا يكفي إذن أن يسترد الشريك أو الشركاء مـن الحصة الشائعة المبيعة نسبة تساوي ما يملكون في المال الشائع، وإلا بقي الأجنبي شريكاً بما يتبقى له من الحصة التي اشتراها وهو ما يتنافى مع الحكمة من حق الاسترداد[3].

وإذا كان المقرر بنص المادة ٨٣٣ من القانون المدني أنه:

"للـشريك في المنقول الشائع أو في المجموع من المال أن يسترد قبل القسمة الحصة الشائعة التي باعها شريك غيره لأجنبي بطريق الممارسة..."

---

(١) المستـشار أنور طلبه، الملكية الشائعة، طبعة ٢٠١٤، الناشر المكتب الجامعي الحديث، الأزاريطـة، الإسكندرية، ص ١٤٥، ١٤٦؛ (نقض مدني في ١٩٨٨/٣/١٧، طعن رقم ٥١٣، س ٢٥ق).

(٢) د. توفيق فرج، المرجع السابق، ص ٢٤٥. راجع أيضاً في هذا المعنى، د. أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، المرجع السابق، ص ٩٧، د. الصده، المرجع السابق، ص ١٩٦.

(٣) د. محمد عبد الظاهر حسين، المرجع السابق، ص ١٢٥.

وكان مؤدى هذا النص أن يشترط لاستعمال حق الاسترداد وفقاً لأحكام القانون أن يكون البيع محل الاسترداد صادراً من أحد الشركاء في الشيوع إلى أجنبي عنهم حتى لا يتضرر باقي الشركاء من دخوله بينهم، وكان الحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه بأحقية المطعون ضدها الأول للحصة محل النزاع على أساس الميراث، فإن عقد البيع الذي تضمن بيع هذه الحصة إليها، والشركة في دور التصفية – لا يكون صادراً من شريك على الشيوع إلى أجنبي عن الشركاء؛ وهو ما تتخلف معه شروط تطبيق حكم المادة ٨٣٣ من القانون المدني ومن ثم لا يحق للطاعن الأول – استرداد الحصة موضوع الدعوى. وإذ انتهى الحكم المطعون فيه إلى هذه النتيجة الصحيحة فإن النعي عليه بالخطأ في الأسباب التي أقام عليها قضاؤه يكون غير منتج..(١).

وقد قضت محكمة النقض بأن النص في المادة ٨٣٣ من القانون المدني على أن: "للشريك في المنقول الشائع أو في المجموع من المال أن يسترد قبل القسمة الحصة الشائعة التي باعها شريك غيره لأجنبي.." إنما يقصد به كف الأجانب عن اقتحام حرم الشركاء في ملكيتهم للمنقول الشائع أو المجموع من المال وجعلهم في مأمن من دخيل يطرأ فيفسد عليهم محيطهم، لما كان ذلك وكان المحل التجاري وعلى ما يقضي به القانون رقم ١١ لسنة ١٩٤٠ يعتبر منقولاً معنوياً يشمل مجموعة العناصر المادية والمعنوية المخصصة لمزاولة المهنة التجارية من اتصال بالعملاء وسمعة واسم وعنوان تجاري وحق

---

(١) المستشار أنور طلبه، المرجع السابق، ص ١٤٧، (نقض ١٩٨٥/٤/٢٢، طعن ١٦١١، س ٥٣ق)، ص ٦٣٧، ٦٣٨، بند ١٣٢، لسنة ٣٦، مجموعة أحكام محكمة النقض، المكتب الفني.

في الإجارة وحقوق الملكية الأدبية والفنية مستقلة عن المفردات المكونة لها. وإذا كان الثابت من الأوراق أن المحل التجاري مثار النزاع مملوك على الشيوع لورثة المرحوم .... وليس من بينهم الطاعنين فيكون بيع أحد الشركاء حصته الشائعة في هذا المحل لهما هو بيع لأجنبيين يجوز فيه لأي من الشركاء الآخرين حق استرداد الحصة المبيعة عملاً بنص المادة المذكورة[1].

الشرط الرابع: المسترد هو أحد الشركاء:

ويجب أخيراً أن يكون المسترد للحصة الشائعة المبيعة هو أحد الشركاء – وهذا واضح فإن الشركاء هم الذين يتضررون من دخول أجنبي بينهم – ولذلك يثبت لهم دون غيرهم الحق في الاسترداد، وكان الرأي السائد في عهد التقنين المدني السابق أن الشريك الذي يسترد يجب أن يكون شريكاً أصلياً أي شريكاً منذ بدء الشيوع. فإذا خلف هذا الشريك الأصلي خلف عام كوارث أو خلف خاص كمشتر لم يكن لهذا الخلف وهو شريك غير أصلي الحق في الاسترداد[2].

ولا محل إذن – أمام إطلاق نص التقنين المدني الحالي – لما كان سائداً في ظل التقنين المدني القديم من قصر الاسترداد على الشركاء الأصليين الذين

---

(١) نقض مدني ١٩٨٩/١/٣٠، رقم ٩٧٦، لسنة ٣٣ق، س ٤٠، المستشار/ أنور طلبة، المرجع السابق، ص ١٥٠، ١٥١، مجموعة أحكام محكمة النقض، المكتب الفني، ص ٣٤٣، ٣٤٤.

(٢) د. السنهوري، المرجع السابق، ص ١١٣٥، هامش (٢)، استئناف وطني دوائر مجتمعة، ٣٠ نوفمبر سنة ١٩٢٢، المحاماة ٣، رقم ٤٠، ص (٧)، نقض مدني ٢٤ مايو سنة ١٩٤٥، مجموعة عمر ٤، رقم ٢٥٩، ص ٦٩٨.

نشأ الشيوع بينهم ابتداء. ولذلك يثبت الاسترداد لخلف الشريك الأصلي سواء كان خلفاً عاماً أم خلفاً خاصاً مادامت صفته كشريك متوافرة وقت البيع، وعند تعدد المستردين يحصل الاسترداد بنسبة حصة كل منهم[1].

ولكن لا يجوز لدائني الشركاء استعمال رخصة الاسترداد بأسماء مدينيهم، فالرخص تكون دائماً متصلة بأشخاص أصحابها، فلا يجوز لأحد أن يستعملها نيابة عنهم[2].

وقد قضت محكمة النقض بأن: "ومتى كان الحكم إذ قضى برفض دعوى الطاعن التي أقامها بطلب استرداد الجزء الذي باعه أخواه – المطعون عليهما الثاني والثالث – من حصتهما في الماكينة موضوع النزاع المخلفة لهم جميعاً عن المورث إلى الغير – المطعون عليه الأول – قد أقام قضاؤه على أن المادة ٤٦٢ من القانون المدني القديم (المادة ٨٣٣ مدني جديد) وهي التي استند إليها الطاعن في دعواه – لا تنطبق متى كان المبيع جزء شائعاً في عين معينة – فإن ذلك يكفي لصحته دن حاجة إلى التحدث عما إذا كان حكم هذه المادة مقصوراً علي الشركاء الأصليين في شركة أو تركة أو يتناول الشركاء الأصليين وغير الأصليين ودون حاجة إلى مناقشة هل الطاعن يعتبر أو لا يعتبر من الشركاء الأصليين، ومن ثم فإنه يكون غير منتج الطعن على الحكم بالخطأ في تطبيق القانون استناداً إلى أنه قرر أن الشركة لم تبدأ بين الطاعن وبين المطعون عليهما الثاني والثالث، وإنما بدأت بين مورثهم وبين شخصين من

---

(١) د. حسن كيره، المرجع السابق، ص ٤١٥، ٤١٦.

(٢) د. محمد لبيب شنب، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية، ط٣، ٢٠٠٠، ص ٣٣٠.

الأجانب ورتب على هذا التقرير أن حق الاسترداد لا يجوز للطاعن لأنه ليس من الشركاء الأصليين[1].

وإذا اشــترى أجنبي حصة أو حصصــاً شائعة وتقدم لاستردادها عدد من الــشركاء فإن كل شريك منهم عند عدم الاتفاق يسترد من الحصة أ والحصص المبــيعة بنسبة حصته. وهذا الحكم منصوص عليه صراحة في المادة ٢/٨٣٣ مدني إذ تقول: "**وإذا تعدد المستردون فلكل منهم أن يسترد بنسبة حصته**"[2].

المطلب الثاني
إجــراءات الاســترداد

ميعاد الاسترداد:

يجــب طلــب الاسترداد قبل القسمة ويكون ذلك كما تقول المادة ٨٣٣ مدني "**خلال ثلاثين يوماً من تاريخ علمه (علم الشريك المسترد) بالبيع أو من تاريخ إعلانه به**".

والــذي يقع عملاً هو أن الشريك البائع لحصته الشائعة، أو من اشترى منه هذه الحصــة، يبادر[3] إلى إعلان باقي الشركاء بالبيع ولم يشترط القانون أن

---

(١) د. محمد شريف عبد الرحمن محمد عبد الرحمن، المرجع السابق، ص ٤٧٣، هامش (١) نقض مدني ٢٩ مارس سنة ١٩٩١، مجلة المحاماة، سنة ٣٢، العدد الرابع، القضية رقم ١٥٣ لسنة ١٩ق، (١٤٥)، ص ٦٠٩، ٦١٠.

(٢) د. السنهوري، المرجع السابق، ص ١١٣٦.

(٣) د. الــسنهوري، المــرجع الــسابق، ص ١١٣٦، هــامش (٢)، ولم يعين القانون ميعاداً للإعلان، بل ترك ذلك ليقظة صاحب الشأن (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦، ص ٩٨).

يكـون هذا الإعلان رسمياً على يد محضر كما اشترط ذلك في الشفعة ومن ثم يـصح أن يكون بكتاب مسجل أو غير مسجل ويصح أن يكون شفوياً ولكن يقع عبء الإثبات على الشريك البائع أو المشتري. ومتى تم الإعلان للشركاء. فعلى الـشريك الـذي يريد أن يسترد أن يطلب الاسترداد من كل من الشريك البائع والمشتري وذلك في خلال ثلاثين يوماً من يوم إعلانه بالبيع.

وليس إعلان البيع ضرورياً، فقد لا يعلن الشركاء بالبيع، ومع ذلك إذا ثبت علم الشريك فعلاً بهذا البيع. فإن هذا الشريك يجب إذا أراد الاسترداد أن يطالب به في خلال ثلاثين يوماً من يوم علمه بالبيع.

وعبء إثبات العلم بالبيع يقع على الشريك البائع وعلى المشتري، والعلم واقعة مادية يجوز إثباتها بجميع الطرق.

فـإذا انقضى ميعاد الثلاثين يوماً محسوباً من يوم الإعلان بالبيع أو من يـوم العلم به حسب الأحوال، ولم يطلب أي من الشركاء الاسترداد[1] فقد سقط الحق فيه وأصبح بيع الحصة الشائعة للأجنبي بيعاً باتاً لا يجوز الاسترداد فيه.

كيف يحصل الاسترداد:

كل ما قاله القانون في هذا الشأن هو أن الاسترداد يتم "بإعلان يوجه إلى كـل مـن البائع والمشتري" (م ٨٣٣/١ مدني). فمن يريد من الشركاء استرداد الحـصة الـشائعة المبيعة. عليه أن يعلن في خلال ثلاثين يوماً من يوم إعلانه

---

(١) د. السنهوري، المرجع السابق، ص ١١٣٦، ١١٣٧، هامش (١)، أو طلب أحد الشركاء الاسـترداد بإعلان وجهه في الميعاد للبائع دون المشتري، أو للمشتري دون البائع إذ أن طلب الاسترداد لا يعتد به إلا إذا وجه في الميعاد القانوني إلى كل من المشتري والبائع.

بالبيع أو من يوم علمه به كلاً من البائع والمشتري أن يسترد الحصة المبيعة. ولم يحدد القانون هنا أيضاً كما حدد للشفعة، شكلاً خاصاً للإعلان. فيجوز أن يكون الإعلان على يد محضر وهذا هو الأمثل، كما يجوز أن يكون بكتاب مسجل مصحوباً بعلم الوصول أو غير مصحوب به، أو بكتاب غير مسجل، بل قد يكون الإعلان شفوياً على أن يكون عبء إثباته على الشريك المسترد[1].

وفيما عدا تحديد ميعاد لإعلان رغبة الشريك في الاسترداد لم ينص القانون على وجوب القيام بأي إجراء آخر ولذلك فلا يلتزم المسترد بإيداع الثمن الذي حصل به البيع ولا حتى بعرضه عرضاً حقيقياً، فيكفي أن يبدي استعداده لدفع هذا الثمن مع ملحقاته لصاحب الحق فيه[2].

وقد قضت محكمة النقض في هذا المعنى بأن المادة ٤٦٢ مدني قديم لم توجب على طالب الاسترداد أن يعرض الثمن خلالها كما هو مقرر في قانون الشفعة، وهذا يفيد أنه لا يجوز رفض طلب الاسترداد بمقولة أن الثمن الذي عرضه الطالب هو دون الثمن الذي ثبت لدى القضاء أنه الثمن الحقيقي، إلا أن أعرض الطالب عن الاسترداد مقابل هذا الثمن بعد أن تتاح فرصة العلم به، فإذا كان ثمن الحصة المبيعة بقي مختلفاً عليه إلى أن حسمت محكمة الاستئناف هذا الخلاف بحكمها مثبتة فيه الثمن الحقيقي، ثم حكمت المحكمة في ذات الوقت برفض طلب الاسترداد ولكون الطالب لم يبد استعداده لدفع هذا الثمن فإنها تكون قد خالفت القانون[3].

---

(١) د. السنهوري، المرجع السابق، ص ١١٣٧: ١١٣٨.

(٢) د. محمد لبيب شنب، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية، ط٣، ٢٠٠٠، ص ٣٣٠.

(٣) نقض مدني ١٨ إبريل ١٩٤٦، مجموعة عمر ٥، رقم ٦٤، ص ١٥٢.

فإذا استرد أحد الشركاء على الشيوع الحصة المبيعة وأعلن كل من البائع والمشتري أنه يريد استرداد الحصة المبيعة وبأنه مستعد لدفع المقابل، فإنه يسترد الحصة الشائعة المبيعة في المنقول أو في المجموع من المال ويتسلمها بالفعل ويدفع المقابل، إما إلى البائع إذا كان البائع لم يتسلم شيئاً من المشتري أو يدفع المقابل للمشتري إذا كان المشتري قد دفع الثمن إلى البائع[1].

متى يتم الاسترداد:

أن الاسترداد يتم مجرد إعلان الشريك المسترد استرداده في الحصة الشائعة المبيعة لكل من البائع والمشتري فإذا تم الإعلان لكل من هذين الاثنين، فقد تم الاسترداد، وأصبح المسترد مالكاً للحصة الشائعة المبيعة ومديناً بالثمن وملحقاته، مع مراعاة وجوب التسجيل لنقل ملكية العقار إذا كانت الحصة الشائعة في مجموعة من المال اشتمل على عقارات. فإذا امتنع من بحوز الحصة الشائعة، البائع أو المشتري، من تسليمها إلى المسترد، كان لهذا أن يرفع دعوى يطالب فيها بثبوت الاسترداد والتسليم، وإذا امتنع المسترد من دفع الثمن والملحقات، كما لصاحب الشأن، البائع أو المشتري أن يرفع دعوى يطالب فيها المسترد بالدفع، وهذا هو السبب، في أن المشرع لم يعن بتنظيم الدعوى القضائية التي تلي الإعلان بالاسترداد أن كان لها مقتضى، كما نظم دعوى الشفعة، إذ ترك الدعوى القضائية في الاسترداد خاضعة للقواعد العامة، بعد أن قرر أن الاسترداد يتم بالإعلان الذي يوجهه المسترد إلى كل من البائع والمشتري[2].

---

(١) د. محمد شريف عبد الرحمن، المرجع السابق، ص ٤٨٠.

(٢) د. السنهوري، المرجع السابق، ص ١١٣٩.

المطلب الثالث

الآثار التي تترتب على الاسترداد

يلاحـظ أولاً أن حـق الاسترداد لا يقوم إلا بالنسبة إلى الحصة المبيعة كلها فلا تجوز تجزئة الحصة بحيث يطالب المسترد بجزء منها فحسب، لأن هذه التجـزئة تمكن المشتري الأجنبي من الدخول في الشيوع، وبذلك تنتفي الحكمة مـن الاسترداد. إنما يجب أن يطالب المسترد بالحصة المبيعة كلها، ولا يحول هذا دون إمكان تعدد الشركاء، الذين يريدون الاسترداد، إذ في هذه الحالة يسترد كـل مـنهم بنسبة حصته، فالمهم أن يتم استرداد الصفقة كلها، حتى لو اشتملت على حصص عدد من الشركاء[1]. وإذا تم الاسترداد سواء كان ذلك بالاتفاق أو بحكم فإنه كما تقول المادة ٨٣٣/١ مدني مصري "**يحل المسترد محل المشتري في جميع حقوقه والتزامه إذا هو عوض عن كل ما أنفقه**" فإذا كان المشتري قد أوفـى بالثمن للبائع وجب على المسترد أن يدفع للمشتري الثمن الذي أوفى به وفـوائده من يوم الوفاء. والثمن الذي يلتزم به المسترد هو الثمن الحقيقي، فإذا ادعـى صورية الثمن المذكور في العقد، كان له أن يثبت هذه الصورية بجميع الطرق طبقاً للقواعد العامة. كما يجب عليه أن يدفع للمشتري كل ما تحمله من نفقـات، كأجـرة السمـسرة، ورسوم التسجيل وما ساهم به من نفقات في حفظ الأمـوال الشائعة وإدارتها. ويكون للمسترد الحق في الثمار التي أنتجها الشيء فـي المـدة ما بين إبرام البيع وتمام الاسترداد وإذا كان البائع قد منح المشتري

---

(١) انظـر في هذا المعنى، د. السنهوري، المرجع السابق، ص ١١٤٣. وراجع ما ذكره د. السده، المرجع السابق، ص ١٩٨.

أجلاً لدفع الثمن فإنه يحق للمسترد أن ينتفع بهذا الأجل، وذلك على خلاف ما هو مقـرر فـي الشفعة حيث لا يحق للشفيع أن ينتفع بالأجل الممنوح للمشتري إلا برضاء البائع (م ٢/٩٤٥ مدني مصري).

ولا يعتبـر الاسترداد بيعاً جديداً من المشتري إلى المسترد، وإنما يبقى العقـد الأصـلي ويحل المسترد محل المشتري في هذا العقد. ومن ثم فلا يكون المـسترد خلفـاً للمشتري بل هو خلف للبائع يتلقى عنه الحصة المبيعة مباشرة وتستند آثار الاسترداد إلى وقت البيع(١).

ويصبح المسترد كأنه المشتري الأصلي ومن هذا فلا يحتج على المسترد بالتصرفات التي أبرمها المشتري في الفترة ما بين البيع وتمام الاسترداد، كما لا يتحمل المشتري بأي ضمان نحو المسترد فإذا كان المشتري قد أوفى بالثمن فلا يجـوز للمسترد أن يمتنع عن دفعه للمشتري بحجة أنه مهدد باستحقاق الحصة المبـيعة للغير، بل يكون للمسترد أن يرجع بالضمان على البائع لأنه حل محل المشتري الأصلي في جميع حقوقه(٢).

والسائد أن للاسترداد أثر رجعي فيعتبر المسترد مالكاً للحصة المبيعة لا مـن وقـت إعلان رغبته في استردادها فقط بل من وقت انعقاد البيع، أي من الوقت الذي كانت تستند إليه ملكية المشتري فيما لو لم يسترد الشيء منه(٣).

---

(١) د. عبد المنعم الصده، المرجع السابق، ص ١٩٨، ١٩٩.

(٢) د. عبد المنعم الصده، الحقوق العينية الأصلية (١) حق الملكية، ١٩٦٠، ص١٨٣.

(٣) د. محمد لبيب شنب، الموجز في الحقوق العينية الأصلية، دار النهضة العربية، ١٩٧٤، ص ٢٩٦.

إذا كان المبيع حصة في مجموع من المال، وكان هذا المجموع يشتمل على عقار:

فإنـــه يجب تسجيل الاتفاق الذي يتم به الاسترداد أو الحكم الذي يصدر بالاســـترداد وذلـــك كـــي تنتقل ملكية الحصة الشائعة في العقار من البائع إلى المـــسترد فهذا الحكم أو ذلك الاتفاق ليس كاشف وإنما هو ناقل للملكية ولا يقدح فـــي ذلـــك أن أثـــره يستند إلى وقت البيع، لأن المسترد شخص غير المشتري الأصـــلي وهو يتلقى من البائع ملكية لم تكن له من قبل، ومن ثم يجب التسجيل حتـــى تنـــتقل هـــذه الملكية طبقاً للمادة ٩ من قانون الشهر العقاري المصري. ويتـــرتب على وجوب التسجيل أنه لا يجوز الاحتجاج بالأثر الرجعي للاسترداد على الغير الذي تلقى من المشتري بحسن نية حقاً عينياً على الحصة الشائعة في العقـــار قـــبل هـــذا التسجيل. وإذا سجلت صحيفة دعوى الاسترداد، فإن الحكم الصادر بالاسترداد يكون حجة على من ترتب له حقوق عينية من المشتري بعد تـــسجيل صحيفة الدعوى، سواء كان الغير حسن النية أو سيئ النية، ولا يكون حجـــة على الغير الذي كسب حقه بحسن النية قبل هذا التسجيل (م ١٥-١٧ من قانون الشهر العقاري المصري)[1].

---

(١) د. عـــبد المـــنعم الـــصده، الحقـــوق العينية الأصلية – دراسة القانون اللبناني والقانون المصـــري، ١٩٨٢، ص ٢٠٠، هامش (١)، انظر في هذا المعنى: د. إسماعيل غانم، فقرة ٨٥، د. السنهوري، المرجع السابق، ص ١١٤٥، فقرة ٥٢٦، وقارن محمد علي عرفة، ج١، فقرة ٣١٦، عبد المنعم البدراوي، فقرة ١٤٩.

ثانياً: في القانون المدني الكويتي:

لـــم يـــرد في التقنين الكويتي أي نص أو حكم يبين فيه استرداد الحصة الـــشائعة التي يتم بيعها بمعرفة أحد المشتاعين لأجنبي عن الشيوع كما ورد في القانون المدني المصري.

وقد بين الدكتور السنهوري بأن نص المادة ٨٣٣ مدني مصري الخاصة باسترداد الحصة الشائعة ليس لها نص مقابل بالقانون المدني الكويتي.

لـــذلك نرى أن يعاد النص في القانون المدني الكويتي بإيراد نص يبين حكم استرداد الحصة الشائعة التي يتم بيعها بمعرفة أحد المشتاعين لأجنبي.

الخاتمـــة

تناول هذا البحث سلطات المالك على الشيوع في كل من القانون المدني المصري والقانون المدني الكويتي وقد اشتمل هذا البحث على مبحث تمهيدي وثلاثة فصول.

مبحث تمهيدي: وتناولنا فيه التعريف بالملكية الشائعة وتكييفها والتطور الذي لحق تنظيم الملكية الشائعة لنتعرف على مصادر النصوص محل البحث ولهذا أقسم البحث في هذا الجزء إلى مطلبين:

المطلب الأول: التعريف بالملكية الشائعة وتكييفها والذي ينقسم بدوره إلى فرعين على النحو الآتي:

الفرع الأول: التعريف بالملكية الشائعة ودليل شرعيتها حيث تعرف الملكية الشائعة بأنها حالة قانونية نتج عن اشتراك عدة أشخاص في ملكية الشيء دون أن يكون هناك تقسيم مادي لهذا الشيء إلى أجزاء مفرزة.

كما أن دليل شرعيتها مثبت في القرآن الكريم والسنة الشريفة.

الفرع الثاني: نتناول فيه تكييف الملكية الشائعة.

وقد اختلف فقهاء القانون المدني الوضعي إلى آراء متعددة بشأن تكييف للملكية الشائعة وذهب الرأي الذي أخذ به المشرع المصري وهو مذهب الفقه التقليدي إلى أن الملكية الشائعة هي وضع خاص من أوضاع الملكية الفردية،

فالمالك على الشيوع يملك حصة في الحق المشترك (حق الملكية) وليس في الشيء المادي محل هذا الحق.

المطلب الثاني: ويدور حول التطور الذي لحق تنظيم الملكية الشائعة في القانون المدني المصري والكويتي.

ففي القانون المدني المصري القديم، أعرض المقنن المصري عن تنظيم الملكية الشائعة فاقتصر على تنظيم إجراءات قسمة المال الشائع النهائية في الفصل الخاص بقسمة التركات كما اشتمل قانون المرافعات القديم على نص لا يجوز البقاء في الشيوع مدة لا تزيد عن خمس سنوات إلا أنه المشرع المصري في التقنين المدني الجديد تدارك القصور التشريعي الذي كان موجوداً في التقنين المدني القديم حيث نظم أحكام الملكية الشائعة في المواد من ٨٢٥ إلى ٨٣٣ ويقصد بها النصوص التي تنظم سلطات استعمال المال الشائع واستغلاله والتصرف فيه، كما نظم قسمة المال الشائع في المواد من ٨٣٤ إلى ٨٤٩.

وقد تعرض المقنن الكويتي لذلك في المواد من ٨١٨ حتى ٨٤٦ مدني كويتي.

ثم انتقلت إلى **الفصل الأول** وهو عن سلطات المالك على الشيوع في استعمال المال الشائع وقد قسمناه إلى أربع مباحث:

تعرض **المبحث الأول** حفظ المال الشائع ويحكمه نص المادة ٨٣٠، ٨٣١ مدني مصري، والمادة ٨٢٥، ٨٢٦ مدني كويتي وقد اتضح منه أن حفظ المال الشائع مقرر لكل شريك ولو لم يوافق عليه باقي الشركاء.

وقد تعرضنا لنفقات الحفظ والإدارة وسائر التكاليف، فنفقات حفظ المال الشائع هي التي صرفت لصيانته وترميمه أو مصروفات الدعاوى التي رفعت لحفظه وتقسم على الشركاء كل بقدر حصته. ونفقات الحفظ شأنها في ذلك شأن نفقات الإدارة والضرائب وأقساط الديون وفوائدها وتقسم أيضاً على الشركاء كل بقدر حصته ما لم يوجد اتفاق بين الشركاء يقضي بغير ذلك أو ما لم يقضي القانون بغير ذلك.

وقد تعرض **المبحث الثاني** التنظيم التشريعي لاستعمال المال الشائع وتحكمه نص الفقرة الأولى من المادة ٨٢٦ مدني مصري ونص المادة ٨١٩ مدني كويتي، فالملكية الشائعة هي حق ملك تام فهي ملكية فردية ولكل شريك في الشيوع سلطات الملك الثلاثة من استعمال واستغلال وتصرف ولكن حقه يتقيد في هذا الصدد بعدم الأضرار بحقوق الشركاء الآخرين.

وتعرض **المبحث الثالث** التنظيم الاتفاقي لاستعمال المال الشائع والذي يحكمه نص المادة ٨٤٦، ٨٤٧، ٨٤٨، ٨٤٩ مدني مصري والذي يقابلهم نص المواد ٨٤٣، ٨٤٤، ٨٤٥، ٨٤٦ مدني كويتي والتنظيم الاتفاقي للمال الشائع يتم عن طريق ما يعرف بقسمة المهايأة وهي قسمة انتفاع بالمال الشائع وليست قسمة ملك. وهي عملية مؤقتة وهي نوعان مهايأة زمنية ومهايأة مكانية.

وتعرض **المبحث الرابع** التنظيم القضائي لاستعمال المال الشائع والذي يحكمه نص المادة ٨٤٩ مدني مصري والذي يقابلها نص المادة ٨٤٥ مدني كويتي. فللقضاء دور احتياطي عندما يتعذر على الشركاء الاتفاق على طريقة معينة لتنظيم استعمال المال الشائع.

وقد تعرض المشرع في هذا الصدد لقسمة المهايأة التي تسبق القسمة النهائية وذلك حينما يطلب أحد الشركاء من القاضي الجزئي تنظيم قسمة المهايأة أثناء إجراءات القسمة النهائية وذلك حينما يتعذر اتفاق الشركاء على قسمة المهايأة وهذه ما تسمى بالمهايأة التي تتم أثناء إجراءات القسمة وهي حالة خاصة نص عليها المشرع.

ويتناول **الفصل الثاني** سلطات المالك على الشيوع في استغلال المال الشائع وينقسم إلى مبحثين:

تعرض **المبحث الأول** لسلطة أغلبية الشركاء في إدارة المال الشائع في القانون المدني المصري والقانون المدني الكويتي، والذي ينقسم إلى مطلبين:

المطلب الأول: ويدور حول سلطة الأغلبية في القيام بأعمال الإدارة المعتادة والتي يحكمه نص المادة ٨٢٦، ٨٢٧، ٨٢٨ مدني مصري والذي يقابلهم نص المواد ٨٢١، ٨٢٢، ٨٢٣ مدني كويتي.

الأصل أن إدارة المال الشائع تخضع لموافقة جميع الشركاء واستثناء من هذه القاعدة سمح القانون المدني المصري والكويتي لأغلبية الشركاء القيام بأعمال الإدارة المعتادة والأغلبية هنا هي أغلبية الأنصباء وهي الأغلبية المطلقة.

و**المطلب الثاني** يدور حول سلطة الأغلبية في القيام بأعمال الإدارة غير المعتادة والذي يحكمه نص المادة ٨٢٩ مدني مصري والذي يقابله نص المادة ٨٢٤ مدني كويتي والمقصود بأعمال الإدارة غير المعتادة هي تلك التي تقضي تغيراً أساسياً أو تعديلاً في الغرض الذي أعد له المال، والأغلبية هنا هي أغلبية

خاصة تقدر بثلاثة أرباع المال الشائع (أغلبية الشركاء المالكين لثلاثة أرباع المال الشائع).

والمبحث الثاني يختص بسلطة القاضي في إدارة المال الشائع إدارة معتادة والذي قسمناه إلى مطلبين:

المطلب الأول في التقنين المدني المصري والذي يحكمه نص المادة ١/٨٢٨ مدني مصري حيث أنه في حالة تعذر توافر الأغلبية المطلقة على أساس الأنصباء في القيام بإدارة المال الشائع إدارة معتادة يمكن لكل مالك على الشيوع أياً كان مقدار حصته أن يطلب من المحكمة المختصة اتخاذ التدابير الضرورية في هذا الصدد.

و**المطلب الثاني** في التقنين المدني الكويتي ويحكمه نص المادة ٨٢٢ مدني كويتي حيث أنه لكل شريك أن يطلب من المحكمة المختصة اتخاذ التدابير التي تقتضيها الضرورة أو المصلحة وذلك في حالة عدم توافر الأغلبية اللازمة لإدارة المال الشائع.

الفصل الثالث والذي يتعلق بسلطات المالك على الشيوع في التصرف في المال الشائع وهو عبارة عن ثلاث مباحث:

المبحث الأول يتعلق بالتصرف في المال الشائع من جميع الشركاء ومن أغلبيتهم وينقسم إلى مطلبين:

المطلب الأول التصرف من جميع الشركاء، فلجميع الشركاء أن يتصرفوا في المال الشائع أو في جزء مفرز منه بكافة أنواع التصرفات المادية والقانونية.

المطلب الثاني التصرف من أغلبية الشركاء، والذي يحكمه نص المادة ٨٣٢ مدني مصري والذي يقابلها نص المادة ٨٢٨ مدني كويتي، فقد خول المشرع لأغلبية الشركاء سلطة التصرف في المال الشائع والأغلبية هنا هي الأغلبية المالكة لثلاثة أرباع المال الشائع.

والمبحث الثاني التصرف الصادر من أحد الشركاء والذي ينقسم إلى مطلبين:

المطلب الأول تصرف الشريك في حصته الشائعة، أولاً في القانون المدني المصري والذي يحكمها نص المادة ١/٨٢٦ مدني مصري، ثانيا في القانون المدني الكويتي والتي يحكمها نص المادة ٨١٩ مدني كويتي فلكل شريك على الشيوع الحق في التصرف في حصته الشائعة وهذا التصرف يقع صحيحاً ونافذاً في مواجهة جميع الشركاء ولا يكون لهم سوى طلب استرداد هذه الحصة أو الأخذ بالشفعة.

المطلب الثاني تصرف الشريك في حصة مفرزة، أولا في القانون المدني المصري ويحكمه نص المادة ٢/٨٢٦ مدني مصري، ثانيا في القانون المدني الكويتي ويحكمه نص المادة ٨٢٩ مدني كويتي فالشريك على الشيوع أن يتصرف في جزء مفرز من المال الشائع أو فيه كله وفي هذا فإنه يتصرف في حقه ولكنه في ذات الوقت يتصرف في حقوق الشركاء.

المبحث الثالث استرداد الحصة الشائعة وينقسم إلى ثلاثة مطالب:

المطلب الأول شروط حق الاسترداد ونطاق حق الاسترداد.

المطلب الثاني إجراءات الاسترداد.

المطلب الثالث الآثار التي تترتب على الاسترداد.

وقد أورد المشرع المصري أحكام الاسترداد في مادة واحدة هي المادة ٨٣٣ مدني مصري والتي ليس لها مقابل في التقنين المدني الكويتي الذي لم يأخذ بأحكام الاسترداد.

التوصيــات

أعرض في نهاية ما قمت به من عمل متواضع بعض الملاحظات والتوصيات التي أشرت إليها في هذا العمل الذي يتضمن سلطات المالك على الشيوع في التقنين المدني المصري والكويتي وهي على قدر علمي محددة بالأمور الآتية:

أولاً: أنه في حفظ المال الشائع أرى أن النيابة التي يقوم بها الشريك في حفظ المــال الــشائع هــي نــيابة قانونية ومن ثم تشمل التصرفات القانونية والأعمال المادية وأهيب بالمشرع المصري أن يأخذ بهذا التكييف الذي ذهب إليه غالبية الفقه المصري.

ثانياً: أرى مــع ما ذهب إليه بعض الفقهاء من ضرورة مراعاة آثار الأعمال القانونية السابقة على استعمال المال الشائع فيجب على كل مالك مشتاع عـند اسـتعماله للمــال الشائع أن يتفق استعماله مع الأعمال القانونية الصحيحة التي تمت أثناء الشيوع وذلك حسماً للمنازعات.

ثالثاً: أهــيب بالمشرع الكويتي أن يجعل المهايأة المكانية التي استمرت خمسة عشر سنة قسمة نهائية حيث أنها خير قسمة ارتضاها المشتاعين وإن لم يكونــوا راغبــين في ذلك فما عليهم سوى الاتفاق مقدماً بعدم اعتبارها قسمة نهائية.

رابعاً: نوصي المشرع المصري بأن يحذو حذو المشرع الكويتي في خصوص أن يــسري فــي حق الخلف كل ما تقوم به الأغلبية من أعمال الإدارة

المعتادة سواء باشرت بنفسها هذه الأعمال أو عينت مديراً أو وضعت نظاماً للإدارة ولا تقصر ذلك على حالة وضع نظام للإدارة فقط.

خامساً: نرى أنه عند قيام شريك بعمل من أعمال الإدارة المعتادة أن يكون الاعتراض على هذا العمل من الأغلبية وليس من الباقين كما هو منصوص عليه في القانون المدني المصري لأن ذلك يعني أن أحد الشركاء يمكن أن يعترض فيوقف العمل رغم موافقة الأغلبية عليه.

سادساً: يجب على المشرع المصري أن يحدد موعد اعتراض الأغلبية على الشريك الذي قام بعمل من أعمال الإدارة المعتادة بأن يكون مناسباً وأن يحدد الأثر المترتب على هذا الاعتراض وهو عدم نفاذ ما قام به الشريك في حق غيره من الشركاء.

سابعاً: نوصي المشرع المصري بأن يمد نطاق تطبيق نص المادة ٨٢٦/٢ مدني على الإيجار الصادر من الشريك المؤجر باعتباره تصرفاً قانونياً بالمعنى الواسع للتصرف – إذا وقع جزء مفرز آخر في نصيبه بمقتضى القسمة طبقاً لمبدأ الحلول العيني وذلك بهدف استقرار المعاملات.

ثامناً: أوصي المشرع المصري بتعديل نص م ٨٢٨/١ التي تمنح المحكمة المختصة سلطة اتخاذ التدابير التي تقتضيها الضرورة عند تعذر اتفاق الأغلبية للانتفاع بالمال الشائع – بأن تتوسع في هذه السلطة وتصبح التدابير التي تقتضيها الضرورة والمصلحة.

تاسعاً: أهيب بالمشرع الكويتي أن يحذو حذو المشرع المصري في الأخذ بالأغلبية الخاصة على أساس الأنصبة في حالة القيام بأعمال الإدارة

غيـــر المعتادة أو في حالة التصرف في المال الشائع – وأن يلغي نص المادة ٨٢٨ فإما أن يأخذ بالأغلبية العددية وهذا أمر لا يصح في أعمال الإدارة غير المعتادة أو أغلبية الأنصباء ولو توافر في شخص واحد.

عاشراً: يجـــب إعادة النص في التقنين الكويتي على بيان حكم استرداد الحصة الشائعة منعاً من تضارب الأحكام وضياع الحقوق واستقرار المعاملات.

هـــذا ما تمكنت من الإلمام به قاصداً وضع لبنة في صرح من صروح العلـــم القانوني – أقصد القانون المدني – طالباً التوجيه والمشورة من أساتذتي الأجلاء.

قائمة المراجع

١ – القرآن الكريم.

٢ – كتب تفسير القرآن الكريم:

- الكشاف الاقتصادي لآيات القرآن الكريم، إعداد محيي الدين عطية، ١٤٠١هـ – ١٩٨١م.
- المصباح المنير في تهذيب تفسير ابن كثير للإمام إسماعيل بن عمر بن كثير رحمه الله، إعداد جماعة من العلماء بإشراف الشيخ صفي الرحمن المباركفوري، دار السلام للنشر والتوزيع، الرياض، الطبعة الثانية، محرم ١٤٢١هـ، ٢٠٠١م.
- صفوة التفاسير، المجلد الأول، بقلم خادم الكتاب والسنة، الشيخ محمد علي الصابوني، المكتبة العصرية، صيداً، بيروت، ١٤٢٣، ٢٠٠٢م.

٣ – كتب الأحاديث النبوية الشريفة:

- أبو داود: سنن أبو داود للإمام أبي داود سليمان بن الأشعث بن إسحاق الأزدي السجستاني، الطبعة الأولى، مطبعة مصطفى البالي الحلبي وأولاده بمصر، ١٩٥٢م.
- أحمد بن حنبل:

– مسند الإمام أحمد بن حنبل وبهامشه منتخب كنز العمال في سنن الأقوال والأفعال، المجلد الثاني، دار الفكر.

– مسند الإمام أحمد بن حنبل وبهامشه منتخب كنز العمال في سنن الأقوال والأفعال، المجلد الخامس، دار الفكر.

- النووي: شرح صحيح مسلم للإمام النووي، محي الدين أبي زكريا يحي بن شرف النووي الشافعي، ٦٣١-٦٧٦ هـ، راجعه فضيلة الشيخ خليل الميس، دار القلم، بيروت، لبنان.

- محمد ناصر الدين الألباني: سلسلة الأحاديث الصحيحة وشيء من فقهها وفوائدها، الجزء الخامس، المكتب الإسلامي.

٤- كتب الفقه الإسلامي:

- صالح بن محمد بن سليمان السلطان، سنة ١٤٢٣هـ، ٢٠٠٢م، أحكام المشاع في الفقه الإسلامي، ج٢، المملكة العربية السعودية، وزارة التعليم العالي، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، سلسلة مشروع وزارة التعليم العالي لنشر ألف رسالة علمية، الإدارة العامة للثقافة والنشر.
- الشيخ علي الخفيف، الملكية في الشريعة الإسلامية مع المقارنة بالشرائع الوضعية، دار الفكر العربي.
- الدكتور وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، الجزء الخامس، نتمة العقود الملكية وتوابعها، دار الفكر، بيروت.

٥- معاجم اللغة العربية:

- الفيومي: المصباح المنير في غري بالشرح الكبير للعلامة أحمد بن علي المقري الفيومي، دار القلم، بيروت، لبنان.

٦- كتب القانون:

- الدكتور/ أحمد سلامة: الملكية الفردية في القانون المصري، الطبعة الأولى، سنة ١٩٧٠ (مكررة) سنة ١٩٧٥، الناشر دار النهضة العربية.
- الدكتور/ أحمد شوقي محمد عبد الرحمن: الحقوق العينية الأصلية – حق الملكية والحقوق العينية المتفرعة عنه، سنة ٢٠٠٤، منشأة المعارف بالإسكندرية.

- الدكتور/ إسماعيل غانم: الحقوق العينية الأصلية، الجزء الأول، مكتبة عبد الله وهبة، القاهرة، سنة ١٩٥٩.
- مستشار/ السيد خلف محمد: قضاء النقض في الملكية في أربعة وسبعين عاماً، الطبعة الثانية، سنة ٢٠٠٥، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة.
- مستشار/ أنور طلبة: الملكية الشائعة، سنة ٢٠٠٤، الناشر المكتب الجامعي الحديث، الأزاريطة، الإسكندرية.
- الدكتور/ أيمن سعد عبد المجيد سليم: سلطات المالك على الشيوع في استعمال المال الشائع واستغلاله، دراسة مقارنة، القاهرة، سنة ٢٠٠٠، الناشر دار النهضة العربية.
- الدكتور/ برهام محمد عطا الله: الوسيط في قانون إيجار الأماكن، سنة ١٩٨٣، الناشر مؤسسة الثقافة الجامعية.
- الدكتور/ توفيق حسن فرج: الحقوق العينية الأصلية، مؤسسة الثقافة الجامعية بالإسكندرية، سنة ١٩٨٧.
- الدكتور/ حسن كيره:

– أصول القانون المدني، الجزء الأول، الحقوق العينية الأصلية ، أحكام حق الملكية، سنة ١٩٦٥، منشأة المعارف بالإسكندرية.

– الحقوق العينية الأصلية ، ج١ ، حق الملكية ، ط١ سنه ١٩٥٨، منشأة المعارف بالإسكندرية.

- الدكتور/ جميل الشرقاوي:

– دروس في الحقوق العينية الأصلية، الكتاب الأول، حق الملكية، الناشر دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧٠.

– شرح العقود المدنية، عقد الإيجار، القاهرة، سنة ١٩٦٩، دار النهضة العربية.

• الدكتور/ رمضان أبو السعود:
- الوجيز في الحقوق العينية الأصلية، أحكامها ومصادرها، سنة ٢٠٠٤، دار الجامعة الجديدة.
- الوجيز في الحقوق العينية الأصلية ، أحكامها ومصادرها ، ٢٠٠١ ، دار المطبوعات الجامعية .
- الوجيز في الحقوق العينية الأصلية ، أحكام الحقوق العينية الأصلية ومصادرها ، سنه ١٩٩٧، دار المطبوعات الجامعية.
- الموجز في عقد الإيجار، سنة ١٩٩٦، الناشر منشأة المعارف بالإسكندرية.
• الدكتور/ سعيد سعد عبد السلام: الوجيز في الحقوق العينية الأصلية والتبعية، ج ١، حق الملكية فقهاً وقضاء، دار النهضة العربية، ٢٠٠٠.
• الدكتور/ شفيق شحاتة: شرح القانون المدني في الأموال، القسم الأول، النظرية العامة للحق العيني، سنة ١٩٥١، المطبعة العالمية بالقاهرة.
• الدكتور/ عبد الرزاق أحمد السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الثامن، حق الملكية مع شرح مفصل للأشياء، نقحها المستشار مصطفى محمد الفقي، الناشر دار النهضة العربية، القاهرة، سنة ١٩٩١.
• الدكتور/ عبد الفتاح عبد الباقي: دروس الأموال، مطابع دار الكتاب المصري، بدون ناشر.
• الدكتور/ عبد المنعم البدراوي: شرح القانون المدني في الحقوق العينية الأصلية، الطبعة الثانية، سنة ١٩٥٦، دار الكتاب العربي بمصر.
• الدكتور/ عبد المنعم فرج الصده:
- الحقوق العينية الأصلية، دراسة في القانون اللبناني والقانون المصري، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، سنة ١٩٨٢.

- الحقوق العينية الأصلية (١) حق الملكية، سنة ١٩٦٠.
- حق الملكية، الطبعة الثالثة، سنة ١٩٦٧، مطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده بمصر.

- **الدكتور/ عبد الناصر توفيق العطار:** شرح أحكام حق الملكية، سنة ١٩٩٧، دار الفضيلة للطباعة.
- **الدكتور/ محمد جمال الدين زكي:** الوجيز في الحقوق العينية الأصلية، سنة ١٩٧٨، مطبعة جامعة القاهرة.
- **الدكتور/ محمد شريف عبد الرحمن أحمد عبد الرحمن:** حق الملكية، سنة ٢٠٠٧، الناشر دار النهضة العربية.
- **الدكتور/ محمد شكري سرور:** موجز تنظيم حق الملكية في القانون المدني الكويتي، دراسة مقارنة، ط٢، سنة ١٩٩٨، مطبعة جامعة الكويت.
- **الدكتور/ محمد عبد الظاهر حسين:** حق الملكية، الأحكام العامة، أسباب كسب الملكية، سنة ٢٠٠٦، المؤسسة الفنية للطباعة والنشر، ش فيصل القاهرة.
- **الدكتور/ محمد علي عرفة:** شرح القانون المدني الجديد في حق الملكية، الجزء الأول، الطبعة الثالثة، سنة ١٩٥٤، مطبعة جامعة القاهرة.
- **الدكتور/ محمد لبيب شنب:**

- الوجيز في الحقوق العينية الأصلية، ط٣، سنة ٢٠٠٠، بدون ناشر.
- الوجيز في الحقوق العينية الأصلية، دار النهضة العربية، سنة ١٩٧٤.

- **الدكتور/ مصطفى محمد الجمال:** نظام الملكية، الطبعة الثامنة، سنة ٢٠٠٠، الفتح للطباعة والنشر بالإسكندرية.
- **الدكتور/ منصور مصطفى منصور:** حق الملكية في القانون المدني المصري، سنة ١٩٦٥، الناشر مكتبة سيد عبد الله وهبة.

- الدكتور/ نبيل إبراهيم سعد: الحقوق العينية الأصلية، أحكامها ومصادرها، سنة ٢٠٠١، الناشر منشأة المعارف بالإسكندرية.
- الدكتور/ نبيلة إسماعيل رسلان: الحقوق العينية الأصلية: أسباب وأحكام كسب الملكية، سنة ٢٠٠٤، مطبعة جامعة طنطا، الكتاب الجامعي.
- الدكتور/ نعمان محمد خليل جمعة: الحقوق العينية، سنة ١٩٩٩-٢٠٠٠، الناشر دار النهضة العربية.

٧- الأحكام القضائية:

- محكمة النقض، المكتب الفني لتبويب الأحكام، مجموعة الأحكام الصادرة من الجمعية العمومية والدائرة المدنية.
- الفهرس المدني لقضاء محكمة النقض في الفترة من ٢٢ من نوفمبر سنة ١٩٣١، لغاية ٩ من يونيو سنة ١٩٤٩. وضعه محمود أحمد عمر باشكاتب محكمة النقض والإبرام السابق، سنة ١٩٥٤.
- مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة النقض من أول إنشائها في سنة ١٩٣١ حتى ٣١ ديسمبر سنة ١٩٥٥، الجزء الأول (أ-ش)، سنة ١٩٥٧.
- وزارة العدل، محكمة التمييز، المكتب الفني، مجموعة أحكام القواعد القانونية التي قررتها محكمة التمييز الكويتية.
  - عن المدة من ١٩٩٢/١/١ حتى ١٩٩٦/١٢/٣١ في المواد التجارية والمدنية والأحوال الشخصية والعمالية، القسم الثالث، المجلد الثالث، يوليو ١٩٩٩.
  - عن المدة من ١٩٩٧/١/١حتى ٢٠٠١/١٢/٣١ في المواد التجارية والمدنية والأحوال الشخصية والعمالية، القسم الرابع، المجلد الخامس.

٨- القوانين:

- القانون المدني المصري، القانون رقم ١٣١ لسنة ٤٨ بتعديلاته التشريعية وفقاً لأحد التعديلات، طبعة ٢٠٠٧، دار البراءة لتوزيع الكتاب القانوني، سنة ٢٠٠٦.
- القانون المدني الكويتي والتشريعات المكملة له، الطبعة السابعة، سنة ٢٠٠٤، الفتوى والتشريع.
- المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الكويتي الطبعة الرابعة، سنة ٢٠٠٤، الفتوى والتشريع.
- الجريدة الرسمية في ٨ سبتمبر سنة ١٩٦٦، العدد ٢٠٥، قانون رقم ٥٢ لسنة ١٩٦٦، بتعديل بعض أحكام المرسوم بقانون رقم ١٧٨ لسنة ١٩٥٢، بالإصلاح الزراعي.
- الجريدة الرسمية، العد ٢٦ مكرر في ١٩٩٢/٦/٢٨، المطابع الأميرية، ط٦، سنة ٢٠٠١، تعديل بالقانون ٩٦ لسنة ١٩٩٢.
- الجريدة الرسمية في ٢٤ يونية سنة ١٩٨٢، السنة الخامسة والعشرين، العدد ٢٥، قانون رقم ٤٣ لسنة ١٩٨٢ في شأن إنهاء الأحكار على الأعيان الموقوفة.

فهـــرس

الموضــــوع	الصفحة
	١٧٩-١٨٥